بسم الله الرحمن الرحيم

## كتاب البيوع

ووجه المناسبة بينه وبين ما قبله أن في كل منهما إزالة الملك لا إلى مالك وقدم الوقف لأنه بمنزلة الوقف في ذلك بمنزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم وهي جمع بيع بمعنى مبيع كضرب الأمير والمبيعات أصناف مختلفة وأجناس متفاوتة أو جمع المصدر لاختلاف أنواعه أما باعتبار المبيع فلأنه إما بيع سلعة بسلعة ويسمى مقايضة أو بالثمن وهو البيع المشهور أو بيع ثمن بثمن وهو الصرف أو دين بعين وهو السلم وأما باعتبار الثمن فلأن الثمن الأول إن لم يعتبر يسمى مساومة وإن اعتبر مع زيادة فهو المرابحة أو بدونها فهو التولية أو مع النقص فهو الوضيعة أو أريد به الحاصل بالمصدر كما في جمع علم وهو من الأضداد يقال على الإخراج عن الملك والإدخال

لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع

أخيه لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع

قصدا ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه

وربما دخلت اللام فيقال بعت الشيء وبعت لك فهي زائدة وابتاع زيد الدار

بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي أي من غير رضاه وكذا الشراء قال الله تعالى

كما في الحسيات فانه يحتاج في ايجاد السرير الى النجار وهو مثل العاقد في مسئلتنا والى الآلة وهو مثل قوله بعت واشتريت والى النجر وهو مثل اخراج هذا القسم على سبيل الانشاء والى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول اهل الحكمة ان العلة على اربعة اقسام آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وحالية كالنجر وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الاهل ومن حيث المحل اوغيره فان بذلك يختلف الامر فان العقد لا ينعقد اصلا اذا لم يكن العاقد اهلا و ينعقد موقوفا عند توقف الاهلية وكذلك لا ينعقد عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله تعالى واحل الله البيع و بالسنة وهي كثيرة و بالاجماع الامة وبالمعقول ( البيع ) في الشرع ( مبادلة مال بمال ) لم يقل بالتراضي ليتناول بيع المكره فانه منعقد وان لم يلزم وقال يعقوب باشا وغيره و ينبغي ان يزاد قيد بطريق الاكتساب كما وقع في الكتب لاخراج مبادلة رجلين مالهما بطريق الهبة بشرط العوض فانه ليس ببيع ابتداء وان كان في حكمه بقاء انتهى وفيه كلام لان قوله ليس ببيع ابتداء يقتضي ان يكون الهبة بشرط العوض في ابتداء العقد تبرعا محضا لا مبادلة فخرج بقوله المبادلة فلاحاجة الى هذا القيد وكذا لاحاجة الى قيد على وجه التمليك كما قيل لانه يفهم من المبادلة ايضا ( وينعقد ) البيع اي يحصل شرعا ( بايجاب ) هو كلام اول من يتكلم من المتعاقدين حال انشاء البيع سمي بالايجاب مبالغة لكونه موجبا اي مثبتا للآخر خيار القبول ( وقبول ) اي من ايجاب وقبول او بشبههما وهو كلام ثاني من يتكلم منهما في تلك الحال فعلم ان هذين اللفظين من اركانه فن الظن انهما خارجان من حقيقة البيع وينبغي ان يكون الواو بمعنى الفاء فانهما لوكانا معا لم ينعقد والاطلاق شامل لانواعه الاربعة الجائز والفاسد والموقوف والباطل كما في القهستاني وفيه اشارة الى انه لا ينعقد بالوكيل من الجانبين الا في الاب فانه يتولى الطرفين في مال الصغير وفي الخانية الواحد لا يتولى العقد من الجانبين الا في مسائل منها الاب اذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه او باع ماله من ولده فانه يكتفي بلفظ واحد وقال خواهر زاده هذا اذا اتى بلفظ يكون اصلا في ذلك اللفظ بان باع ماله فقال بعت هذا من ولدي فانه يكتفي بقوله بعت اما اذا اتى بلفظ لايكون هو اصلا في اللفظ بان اراد ان يبيع ماله من ولده فقال اشتريت هذا المال لولدي لايكتفي بقوله اشتريت و يحتاج الى قوله بعت ومنها الوصي اذا باع ماله من اليتيم او يشتري مال اليتيم لنفسه وكان ذلك خيرا لليتيم ومنها الوصي اذا اشترى مال اليتيم للقاضي بامر القاضي ومنها العبد يشتري نفسه من مولاه بامره واما القاضي فانه لا ينعقد لنفسه لان فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل فلا يملك كما لا يملك تزويج اليتيمة

من نفسه ( بلفظي الماضي كبعت واشتريت ) لانه انشاء والشرع قد اعتبر
الاخبار انشاء في جميع العقود فينعقد به ولان الماضي ايجاب وقطع والمستقبل
عدة او امر او توكيل ولهذا انعقد بالماضي وفي القنية ينعقد بلفظين مستقبلين
ثم قال لا ينعقد ويمكن التوفيق بين قولين بانه ان اراد بالمضارع الحال ينعقد وان اراد به
الاستقبال والوعد لا لان المضارع يحتمل الحال والاستقبال وفي التحفة بالفظين
الماضيين ينعقد بدون النية واما بصيغة المستقبل لا الا بالنية قال صاحب القنية
وهذا الفقه وهو ان الشرع جعل الايجاب والقبول علامة الرضى والاخبار
عن الحال ادل على الرضى وقت العقد من الماضي فقول الهداية ولا ينعقد
بلفظين احدهما لفظ المستقبل محله ما اذا خلا عن النية او من انه المستقبل المصدر
بالسين او سوف فانه لا يحتمل غيره فلا يرد على كلام الهداية شئ كما في المنح وفصل
المولى سعدي افندي في هذا المحل في حاشيته فليطالع وفي المحيط سماع المتعاقدين
الايجاب والقبول شرط الانعقاد ولو سمع اهل المجلس وقال البائع لم اسمعه ولم يكن
به وقر لم يصدق ( وما دل على معناهما ) اي معنى الايجاب والقبول كقول
البائع اعطيت او بذلت او رضيت او وهبت لك هذا بكذا فانه في معنى بعت
والمشتري اخترت او قبلت او فعلت او اجزت او اخذت وقد يقوم القبض مقام القبول
كما لو قال بعتك هذا بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ينعقد البيع كما في الخانية
( و ) ينعقد ايضا ( بالتعاطي ) لان جوازه باعتبار الرضى وقد وجد وحقيقته وضع
الثمن واخذ المثمن عن تراض منهما في المجلس كما قالوا وهو يفيد انه لا بد من
اعطاء من الجانبين وعليه الاكثر كما ذكره الطرسوسي وافتى به الحلواني وفي
البزازية انه المختار لكن في التنوير ويكتفي بالاعطاء من احد الجانبين على
الاصح اذا لم يصرح مع التعاطي بعدم الرضاء وفي المنح هكذا صححه الكمال
في الفتح ونص محمد على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم
المبيع والثمن وفي القاموس وغيره التعاطي التناول وهو انما يقتضي الاعطاء من
جانب والاخذ من جانب لا الاعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي وفي الكركي
وبه يفتى واكتفى الكرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن اما اذا دفع الثمن ولم يقبض
فلا يجوز ( في النفيس ) كالعبيد والجواهر ( والخسيس ) كالخبز والبقل ( هو
الصحيح ) احتراز عن قول الكرخي فانه قال انما ينعقد بالخسيس دون النفيس
( ولو قال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت صح ) لان قوله خذه امر بالاخذ
بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فكانه قال بعته منك به فخذه فتقدر البيع اقتضاء
فيثبت باعتباره وفرق في الولوالجية في القبول بين ان يبدأ البائع بالايجاب
والمشتري فان بدأ البائع فقال بعت عبدي هذا بالف فقال المشتري نعم لم ينعقد لانه

ليس بحقيق وان بدأ المشتري فقال لآخر اشتريت عبدك هذا بالف وقال الآخر نعم صح البيع لانه جواب ( واذا اوجب احدهما ) اى احد المتعاقدين ( فللآخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس ) اى في مجلس الايجاب اعم من ان يكون بالخطاب او بالرسول كما اذا قال لرسوله قل لفلان بعت عبدي منه بكذا فذهب الرسول فاخبره فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او بالكتاب لان كلا منهما سفير فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب فلو قال بعت منه فبلغه يافلان فبلغه هو او رجل آخر جاز بخلاف ما لم يقل بلغه فبلغه فقبل لا يجوز لان شرط العقد في البيع لا يتوقف على قبول غائب اتفاقا كما في النكاح على الاظهر عند الطرفين وفي الزاهدي او قال بعني من فلان الغائب فحضر الغائب في المجلس فقال اشتريت صح ( او يترك ) كل المبيع يعني اذا قال البايع بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قبله وان شاء رده لانه مخير غير مجبر فيختار ايهما شاء فهذا خيار القبول فيمتد الى آخر المجلس للحاجة الى التفكر والتروي والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبر ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر وعند الشافعي لا يمتد بل هو على الفور ( لا ) يقبل الآخر بايعا كان او مشتريا ( بعضا دون بعض ) اى ليس له ان يقبل كل المبيع ببعض الثمن او بعضه بكله او ببعضه لانه تفريق للصفقة وانه ضرر بالبايع فان من عادة التجار ضم الردى الى الجيد في البيع لترويج الردى فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه ويبقى الردى فيتضرر بذلك وكذلك المشتري رغب في الجميع فاذا فرق البايع الصفقة عليه يتضرر الا ان رضى الآخر بذلك في المجلس بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كعبد واحد او مكيلا او موزونا فاما ما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين او عبدين فلا يجوز وان قبل الآخر ( الا اذا بين ثمن كل ) مما قبل الآخر ومما ترك لانه ذلك دليل على رضاه بالتفريق ولان الايجاب حينئذ في معنى الايجابات متعددة اما اذا كرر في البيان لفظ البيع بان قال بعتك هذين بدرهمين بعت هذا بدرهم وبعت هذا بدرهم يجوز اتفاقا واما اذا لم يكرر بان قال بعتك هذين بدرهمين كل واحد بدرهم فيجوز عندهما خلافا للامام بناء على ان البيع يتكرر بتكرر لفظ بعت عنده وبتفصيل الثمن عندهما كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر الخلاف كما هو دأبه تدبر ( وان رجع الموجب ) سواء كان بايعا او مشتريا ( اوقام احدهما ) يعني او كانا قاعدين فقام احدهما ( عن المجلس قبل القبول ) ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع ( بطل الايجاب ) اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف ههنا لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول فان قيل ان كان الموجب المشتري ففي رجوعه ابطال

حق البائع وهو تملكه الثمن وان كان البائع ففي رجوعه ابطال حق المشتري وهو تملكه للمبيع اجيب بان الحق لم يثبت لا لهذا ولا لذلك الآخر وبان حق التملك لا يعارض حقيقة الملك للبائع (او قام) اقوى منه واما الثاني فلان القيام دليل الاعراض والرجوع وانما قيد بذلك قبل القبول فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الرجوع اجيب بان الايجاب يبطل بما يدل على الاعراض فلا يؤثر التصريح بعده وفي الفتح وحاصل اشتراط اتحاد المجلس ما اذا كانا حاضرين فلو كانا يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختاره غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعدما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة وقال صدر الشهيد لا يصح في ظاهر الرواية ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا في نافلة فضم الى الركعة الاولى اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف بخلاف ما لو ناما مضطجعين او واحد منهما وان كانا قاعدين واقفين فسارا او احدهما بطل الايجاب وكذا او لم يقم ولكن يتشاغل في المجلس بغير البيع بطل الايجاب كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ان ما في الاصلاح من قوله او قام احدهما لم ينقل عن مجلسه لان الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على الاعراض وفي كلامه قصور لوجود دليل الاعراض بدون القيام والمراد بذكر القيام تبدل المجلس لا حقيقته مطلقا تدبر وفي الجوهرة وان كان قائما فقعد ثم قبل فانه يصح لانه بالقعود لم يكن معرضا وفي القنية رجل في البيت فقال للذي في السطح بعته منك بكذا فقال اشتريت صح اذا كان كل واحد منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد وكذا اذا تعاقدا وبينهما النهر والسفينة كالبيت (واذا وجد الايجاب والقبول) من المتعاقدين (لزم البيع) وفيه اشارة الى ان البيع يتم بهما ولا يحتاج الى القبض ولا الى اجازة البائع بعدهما وهو الصحيح (بلا خيار مجلس) الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض يقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا قوله عليه السلام لا ضرار في الاسلام وفي اثبات الخيار لاحدهما اضرار للآخر فلا يثبت والخبر الذي رواه محمول على خيار القبول وتفرقهما محمول على التفرق بالاقوال بان قال احدهما بعت وقال الآخر لا اشتري

الباطل فى رواية عن النبى عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما وهذا لان الاحوال ثلثة قسم لم يوجد فيه ركن ما وهى حالة التهيئة وقسم وجد فيه ركنان وقسم وجد فيه احدهما دون الاخر فنقول هذا الاسم وهو كونهما متبايعين قبل صدور الركنين وبعده بطريق المجاز باعتبار مايؤل فى الاول وباعتبار ماكان فى الثانى وفيما اذا وجد احدهما دون الاخر بطريق الحقيقة فيكون مرادا اويحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مرادا والاخر يحتمل الارادة وتمامه فى العناية فليطالع ( ويصح البيع (فى العوض المشار اليه) مبيعا كان اوثمنا فان كلا منهما عوض عن الاخر والحكم المذكور مشترك بينهما ولذلك قال فى العوض ولم يقل فى الثمن كما فى الاصلاح وقال سعدى افندى وتقرير صدر الشريعة صريح فى ان المراد بالاعواض الاثمان فتأمل فى الترجيح ( بلامعرفة قدره ووصفه ) لان الاشارة اقوى اسباب التعريف وجهالة القدر والوصف معها لاتفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران والاموال الربوية مستثناة من هذا الحكم فان بيع الحنطة بجنسها مثلا لايجوز بالاشارة لاحتمال الربوا وكذا السلم فان معرفة قدر رأس المال شرط عند الامام اذكان فيما يتعلق العقد على مقداره كما سيأتى ان شاء الله تعالى (لا) يصح البيع ( فى غيره ) اى فى غير المشار اليه بلا معرفة قدره كعشرة ونحوها وصفته ككونه مصريا اودمشقيا لان جهالتهما تفضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى العقد عن الحق وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا فيما يحتاج الى التسليم وفى الايحتاج اليه كما اذا اقر لفلان بمتاع عنده فاشتراه منه ولم يعرفا مقداره جاز كما فى الزاهدى (و) يصح البيع (بثمن حال و) مؤجل ) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع (باجل معلوم ) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لانه لو بيع بجنسه وجمعهما قدر لم يجز تأجيله كما فى المنح قيد بمعلوم لان جهالة الاجل تفضى الى المنازعة فالبائع يطالب فى مدة قريبة والمشترى يأباها فيفسد فان اختلفا فى الاجل فالقول قول من ينفيه وكذا لو اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الاقل والبينة بينة المشترى فى الوجهين وان اتفقا على قدره واختلفا فى مضيه فالقول للمشترى انه لم يمض والبينة بينته ايضا كما فى الجوهرة وقيد بالثمن لان المبيع اذا كان عينا لايصح الاجل فان شرط فيه الاجل فالبيع فاسد لان التأجيل فى الاعيان لايصح وفى المنح لوباع مؤجلا انصرف الى شهر لانه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه اجل وفى شرح المجمع لومات البائع لايبطل الاجل ولومات المشترى حل المال فان فائدة التأجيل

ان يخر فيؤدى الثمن فى تمام المدة فاذا مات من له الاجل تأجيل المؤلة المسماة
الذى فى ... معينة ( فسخ البائع البيع )
ولو باعه ... له ) اى للمشترى ( الى اجل
مدة اخرى ... بيع واعطاء الثمن الواحدة
وكان الى مدة معينة ولا على مدة معينة اذا قبض المبيع صرفا متصلا لفائدة الآجال
( تحلاوا لهما ) فان عندهما لا اجل له بمدة معينة لانه اجله ثبتت وقد نصت
وصار كما لو قال الى رمضان وفى البحر عليه الفتوى من جملة الطالب بجوما ان اجل
نجم بحل الباقى فالامر كما شرطنا ( وان اطلق الثمن ) والمراد من الاطلاق
ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال
بعته بعشرة دراهم مثلا ( فان استوت مالية النقود ) بان لا يكون بعضها افضل
من بعض مع تفاوت انواعها ( ورواجها صح ) البيع ( ولزم ما قدر ) من عشرة
وغيره ( من اى نوع كان ) اى من الاحادى او الثنائى او الثلاثى لان الواحد
من النوع الاول والاثنين من الثانى والثلث من الثالث متساويات فى المالية والرواج
فالمشترى يعطى اى نوع يريد اذ لا نزاع عند عدم تفاوت المالية وهو المانع
فى الجواز ( وان اختلفت رواجا فن الاروج ) اى ادرج النقود فى البلد اذ المتعارف
بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فالتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ويعتبر مكان
العقد فلو باع شيئا من رجل بعشرة بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد
المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار بصيرة كما فى الخزانة ( وان استوى رواجها
لا ماليتها ) بان يكون بعضها افضل من بعض ( فسد ) البيع للجهالة المفضية
الى النزاع ( ما لم يبين ) انه من اى نوع فاذا بين تندفع الجهالة المانعة من التسليم
فيصح فالحاصل ان المسئلة رباعية لانها اما ان تستوى فى الرواج والمالية معا
او تختلف فيهما او تستوى فى احدهما والفساد فى صورة واحدة وهى الاستواء
فى الرواج والاختلاف فى المالية والصحة فى ثلث صور فيما اذا كانت فى الرواج
والمالية مختلفة فينصرف الى الاروج وفيما اذا كانت مختلفة فى الرواج ومستوية
فى المالية فينصرف الى الاروج ايضا وفيما اذا استوت فيهما واما الاختلاف
فى الاسم كالمصرى والدمشقى فيخير المشترى فى دفع ايهما شاء كما فى البحر
( ويصح ) البيع ( فى الطعام ) وهو الحنطة ودقيقها وكذا سائر الحبوب
كالعدس والحمص وغيرهما وقال بعض المشايخ ما يقع فى العرف على ما يمكن
اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه قال صدر الشهيد وعليه
الفتوى ( وكل مكيل وموزون كيلا ) فى الكيلى ( ووزنا ) فى الوزنى وما قدر
الشرع بكيله فهو كيلى ابدا وما ورد بوزنه فهو وزنى ابدا وما لم يرد فيه شئ

بقفير فيه العرف ( وكذا ) يصح بيع الكيلي والوزني ( جزافا ) وهو البيع
بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن ( ان بيع بغير جنسه ) لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه
لا يصح لاحتمال الربوا الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لعدم
المعيار الشرعي وهو نصف الصاع ( و ) يصح بيع الكيلي ( باناء ) معين ( او )
بيع الوزني بوزن ( حجر معين ) كل منهما ( لا يدرى قدره ) اذا لم يحتمل الاناء
النقصان والحجر التفتت كان يكون من خشب او حديد فان احتملهما لم يجز
وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ لان الجهالة فيه
لا تفضى الى المنازعة لان البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم
نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة كما في المنح وغيره لكن
التعليل بتقضى البيع حالا فلا يتصور التفتت في الجاف في الحال فينبغي ان يجوز
مطلقا سواء احتمل التفتت والجفاف اولا الا في السلم لان التسليم فيه متأخر
الى حلول الاجل فيحتملهما فيحتاج الى ان يحمل عليه تأمل وفي التبيين هذا
اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف
واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الحال استحسانا
بالتعامل فيه روى ذلك عن ابي يوسف ( ومن باع صبرة ) وهي بالضم ما جمع
من الطعام ( كل صاع ) بدل من صبرة ( بدرهم صح في صاع ) واحد ( فقط )
عند الامام لان ما سماه وهو الصاع الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع
فيه وما وراءه مجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه ( الا ان يسمى جملتها )
اي جملة صيعانها في العقد بان قال بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع
بمائة درهم فيصح في جملتها لارتفاع الجهالة ( وللمشترى الفسخ بالخيار وان )
وصلية ( كيل ) مجهول كال ( او سمى ) مجهول سمى ( جملتها ) اي جملة
الصيعان ( في المجلس بعد ذلك ) اي بعد البيع ظرف لكيل وسمى على طريق
التنازع وفي اطلاقه يشعر بان الخيار ثابت له مطلقا اما في كيلها او تسميتها
في المجلس فلان الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل
ان يكون الثمن في ظنه اقل من الذي ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او تسميتها
ثبت له الخيار واما عدم كيلها وعدم تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشترى
لانه اشترى صبرة وانعقد البيع في قفيز كما في شرح المجمع ( ومن باع قطيع غنم
كل شاة بدرهم لا يصح ) البيع ( في شئ منها ) اي من القطيع عند الامام
لانه ينصرف الى الواحد والواحدة منها متفاوتة فلا يصح البيع في واحد
منها بخلاف مسئلة الصبرة ( وكذا ) لا يصح البيع ( لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم )

لان التبعيض لا يضره كما في العناية لكن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد
فاذا وجد التفاوت في جنس الثوب اعتبر الحكم في الكل تدبر وفي المنح نقلا
عن الفتح اشترى ذراعا من خشبة او ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه
وسلمه لم يصر ايضا الا ان يقبل وعن ابي يوسف جوازه وعن محمد فساده ولكن
لو قطع وسلم فليس للمشتري الامتناع وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة
من موضع معلوم حتى لو اشترى الاوراق باغصانها فكان موضع قطعها
معلوما وبعض وقتهما فليس للمشتري ان يشتري الغنى (وكذا) لا يصح (كل
معدود متفاوت) كالبقر والابل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل لما ذكرنا
بخلاف المتقارب كالجوز لعدم التفاوت (وعندهما) والائمة الثلثة (يصح
في الكل) اى في كل المبيع (في جميع ذلك) المذكور من الصبرة والقطيع
والثوب والمعدود المتفاوت لان زوال الجهالة بيدهما فلا تفضي الى المنازعة
لانها تزول بالكيل والعد والذرع ومثل ذلك لا يعد مانعا ولان قيام طريق
المعرفة كقيام حقيقة المعرفة في حق جواز البيع كما لو باع عبدا بوزن هذا
الحجر ذهبا او بهذه الدراهم ولا يعلم وزنها واعلم ان المص رجح قول الامام
لانه قدمه كما هو دأبه لكن ظاهر ما في الهداية ترجيح قولهما لتأخير دليلهما
كما هو عادته وصرح في الخلاصة والزاهدي وغيرهما بان الفتوى على قولهما
تيسيرا على الناس قال في البحر وقد وضعت ضابطا فقهيا لم اسبق اليه لكلمة
كل بعد تصريحهم بانها لاستغراق افراد ما دخلته في المنكر واجزائه في المعرف
وهو ان الافراد ان كانت معلومة النهاية فان لم تفض الجهالة الى المنازعة فانها
تكون على اصلها من الاستغراق كمسئلة التعليق والاقرار بالدفع عنه والا
فان كان لا يمكن معرفتها في المجلس فهي على الواحد اتفاقا كالاجارة والاقرار
والكفالة والا فان كانت الافراد متفاوتة لم يصح في شئ عنده كبيع قطيع
كل شاة بكذا وصح في الكل عندهما كالصبرة والا صح البيع في واحد عنده
كالصبرة انتهى (وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم) فكيلت
(فوجدت اقل) من المائة كعشرة مثلا (او اكثر) من المائة فخير ان شاء
(اخذ المشتري الاقل) اى الموجود (بحصته) بالكسر اى بحصته من المائة
واسقط ثمن ما عدم لانه لم يتم رضاه من التبعيض (او فسخ) البيع ان شاء
بالاجماع لعدم رضائه بالاقل (والزائد للبائع) اجماعا لان في الكمية المنفصلة
قدر واصل فلا يكون للمشتري لان البيع وقع على قدر معين فلا يستحق

الزيادة بل القدر المعين ومن هنا ظهر انه ان وجد مائة قفيز يجوز البيع في الكل بلا خيار لواحد منهما اجماعا وفيه اشارة الى ان التخيير فيما اذا لم يقبض شيئا منه فلو قبض كان بمنزلة الاستحقاق بلا خيار له كما في الخانية ( وفي المذروع ) يعني لو اشترى ثوبا على انه مائة ذراع بمائة درهم فوجد اقل فخير المشترى ان شاء ( بأخذ الاقل بكل الثمن ) اي بمجموعه لان الاخذ باعطاء جميع الثمن نافع للبائع لاخذه الثمن بلا نقصان مع عدم المنع من جانب الشرع لان الذرع وصف في المذروع لكونه عبارة عن الطول ففواته لا يوجب سقوط شئ من الثمن المعين ( او يفسخ ) اي ان شاء يفسخ لعدم انعقاد البيع حقيقة اذا لم يوجد المبيع المعين فيكون اخذه بكل الثمن على وجه التعاطي ( والزائد له ) اى للمشترى بالثمن بلا زيادة قضاء وليس له ديانة كما في القهستاني ( بلا خيار للبائع ) لانه وجد المبيع مع زيادة وهي في الكمية المتصلة صفة وتبع فلا يقابله شئ من الثمن كما لو باعه على انه معيب فوجده سليما فالبائع لا يخير بل يجبر على التسليم وحاصله ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن قدر واصل فالمكيل والموزون لا يتعيبان بالتبعيض ومن حيث الذراع وصف وتبع فالمذروع يتعيب به وفي العناية تفصيل فليراجع ( وان سمى لكل ذراع قسطا ) من الثمن بان قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجده المشترى اقل من القدر المسمى ( ان شاء اخذ الاقل بحصته ) اي بحصة الاقل من الثمن لا بكل الثمن لان الذراع هنا اصل مقصود بقوله كل ذراع بدرهم ونزل كل منه منزلة ثوب على حدة وان شاء يتركه لان المبيع اذا لم يوجد تاما لا يوجد العقد حقيقة فيكون اخذه على وجه التعاطي ( وكذا الزائد ) اى لو وجد المشترى اكثر من القدر المسمى خير بين ان يأخذ الزيادة بحساب كل ذراع بدرهم لان البائع عنى بقوله كل ذراع بدرهم ان كل واحد من الذرعان المسماة بدرهم واحد الى غايته فلابد من رعاية هذا المعنى وبين ان يفسخ دفعا لضرر التزام الزائد وعن هذا قال ( وله ) اى المشترى ( الخيار في الوجهين ) اى في النقصان والزيادة وفيه اشارة بان ثبوت الخيار فيهما يدل على بقاء العقد الاول فيهما الا في قول للشافعي بطل البيع وفي العناية كلام فليطالع ( وصح بيع عشرة اسهم ) او اقل او اكثر ( من مائة سهم من دار ) او غيرها بالاتفاق لان العشرة منها اسم لجزء شائع والاسهم ايضا اسم لشائع لا لموضع معين وبيع الشائع جائز فيصير من له عشرة اسهم شريكا لمن له تسعون سهما فلا يؤدى الى المنازعة ( لا ) يصح ( بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها ) من الدار عند الامام لان المبيع معين قدرا ومجهول

محلا لتفاوت جوانب الدار في القيمة فصار كبيع بيت من بيوت الدار اذ هو لايجوز
وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها
فيجوز عنده والصحيح انه لايجوز عنده مطلقا ( وعندهما يصح ) البيع
( فيهما ) اى فى الاسهم والاذرع اذا كانت الدار مائة ذراع لان عشرة اذرع
من مائة ذراع منها عشرها كعشرة اسهم من مائة اسهم فتخصيص الجواز
باحدهما تحكم ( ولو باع عدلا ) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى
مقداره ومنه عدل الحمل ( على انه عشرة اثواب ) بعشرة دراهم او اقل او اكثر
( فاذا هو اقل ) من المسمى ( او اكثر ) من المسمى ( فسد البيع ) فى الصورتين
لعدم العلم بثمن المعدوم المتفاوت فى الاول فيؤدى الى النزاع وجهالة المبيع فى
الاكثر لان مازاد غير معلوم فيما بين الجملة فلا يمكن الرد لوقوع المنازعة
والتعارض فيما بينهما فيفسد وفى البحر ولو اشترى ارضا على ان فيها كذا نخلا
مثمرا فوجد فيها نخلة لاتثمر فسد وفى التنوير ولو باع عدلا او غنما واستثنى واحدا بغير
عينه فانه فاسد ولو بعينه جاز البيع ( ولو فصل الثمن ) بان قال بعتك هذا
العدل على انه عشرة اثواب كل ثوب بدرهم ( فكذا ) يفسد البيع ( فى الاكثر )
اى فيما اذا كان احد عشر مثلا لان العقد يتناول العشرة فعلى المشترى رد الثوب
الزائد وهو مجهول لاحتمال كونه جيدا او رديا وبجهالته يصير المبيع ايضا مجهولا
فيفسد ( ويصح ) البيع ( فى الاقل بحصته ) يعنى اذا كان تسعة مثلا لان حصة
المعدوم معلومة وهو درهم لكل ثوب فتكون حصة الباقى معلومة ايضا ( ويخير
المشترى ) ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة
عليه ( وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه ) اى الثوب
( المشترى بعشرة ) دراهم ( لو ) كان الثوب ( عشرة ونصفا بلا خيار )
لحصول النفع الخالص ( و ) يأخذ الثوب المشترى ( بتسعة ) دراهم ( لو )
كان الثوب ( تسعة ونصفا بخيار ) لفوات الوصف المرغوب فيه وهذا عند
الامام لان الذرع وصف فى الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد
بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل ( وعند ابى يوسف يخير ) المشترى
( فى اخذه باحد عشر فى الاول ) اى فيما اذا وجده عشرة ونصفا ( و ) يخير المشترى
باخذه ( بعشرة فى الثانى ) اى فيما اذا وجده تسعة ونصفا لانه لما افرد كل
ذراع ببدله نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ( وعند محمد يخير
فى اخذه فى الاول ) اى فيما لو وجده عشرة ونصفا ( بعشرة ونصف وفى الثانى )
اى فيما وجده تسعة ونصفا ( بتسعة ونصف ) لان من ضرورة مقابلة الذراع
بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه قيل هذا فى ثوب يختبره القطع واما الكرباس

الذى لا يضره القطع ولا يتفاوت بحوابه فلا يطيب للمشترى مازاد على المشروط

﴿ فصل ﴾

فيما يدخل فى البيع تبعا بغير تسمية ومالا يدخل والاصل ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا اوكان متصلا بالمبيع اتصال قرار اوكان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلا ذكر صريح ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله منه فهو اتصال قرار ثم فرع على هذا الاصل فقال ( يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار بلا ذكر ) لان البناء متصل بالارض اتصال قرار فيدخل فى البيع تبعا وكذا مفتاح غلق متصل بباب الدار بخلاف المنفصل وهو القفل فانه ومفتاحه لا يدخلان والبناء فى الاصل بمعنى المبنى ويدخل فيه الباب والسلم ولو من خشب ان كان متصلا به بخلاف المنفصل والسرير كالسلم وفى التبيين ينبغى ان يدخل السلم مطلقا فى عرف اهل مصر لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وفى المنح ويدخل الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا اذا كانت مركبة فى الدار لا المنقولة وفى الخانية لو اشترى بيت الرحى بكل حق هوله او بكل قليل وكثير هو فيه ذكر محمد فى الشروط ان له الاعلى والاسفل وكذا لو كان فيه قدر نحاس موصولا بالارض وقيل الاعلى لا يدخل ويدخل الاشجار فى صحنها والبستان فيها صغيرا اوكبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار وقيل ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان اكبر او مثلها لا وكذا تدخل البئر الكائنة فى الدار والبكرة على البئر ولا يدخل الدلو والحبل المعلقات عليها الا اذا قال بمرافقها وفى التبيين وثياب الغلام والجارية يدخل فى البيع الا ان يكون ثيابا عالية اذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذى عليه وان شاء اعطى غيره وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والافلا ( وكذا ) يدخل ( الشجر فى بيع الارض ) بلا ذكر مثمرة كانت الاشجار اولا على الاصح اذا كانت موضوعة فى الارض للقرار فتدخل تبعا صغيرة كانت او كبيرة الا اليابسة فانها على شرف القلع فهى كالحطب الموضوع وقيدنا بكونها موضوعة فى الارض لانه لو كانت فيها اشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع فانها ان كانت تقلع من اصلها

تدخل في البيع ويكون للمشتري وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع
الا بشرط وفي القصب الفارسي اوراقها وقطنها لم تدخل الثمر وانما اصلها فمنهم من قال
لا يدخل على الصحيح واما الكراث وما كان مثله وكان على ظاهر الارض لا يدخل
وما كان مغيبا في الارض من اصوله اختلفوا فيه والصحيح انه يدخل وفي الكبرى
والاصل ان ما كان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وما ليس لقطعه
مدة معلومة يدخل كالشجرة وشجرة الخلاف للمشتري وكذا كل ما كان له ساق
ولا يقطع اصله حتى كان شجرا واصل الآس والزعفران للبائع والحجر في
الارض كالتبر والماء وعندنا يدخل في البيع وقوائم الخلاف والاغصان تدخل
في البيع ذكره السرخسي والامام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر الا ان
انقطع ولا يدخل فيه (واذا اطلق شراء شجرة) اي لم يبين انه شراها للقطع
او للقرار (دخل مكانها) اي مكان الشجرة من الارض بقدر غلظها وقت البيع
(في تحديده والمختار) لتتميم القرار اذ الشجر اسم للشجر على الارض ولا قرار
بدونها فيقدر بقدرها كما لو اقر بالشجرة فلا يدخل ارضها وكذا لو اقتسما
وقيل يقدر بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها
العظام هذا اذا لم يبين قدرا فان عين يدخل المعين (خلافا لابي يوسف) فانه
قال تدخل فيهما لاشتراكها في الشراء للقطع لان الارض اصل والشجر تبع
فلو دخلت الارض لصار الاصل تبعا فيه بالاطلاق لانه لو اشتراها للقطع
لا يدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخلت ما تحت الشجرة من الارض
بقدر غلظها دون ما ينتهي اليه العروق اتفاقا (ولا يدخل الزرع في بيع الارض)
بلا ذكر بالاجماع لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في البيت (ولا)
يدخل (الثمر في بيع الشجر الا باشتراطه) اي اشتراط المشتري دخول الزرع
في بيع الارض ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله عليه السلام من باع نخلا او شجرا
فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع اي يقول المشتري اشتريتها بثمرتها
او مع ثمره فيدخل والا فلا مطلقا وعند الائمة الثلاثة ان كانت مؤبرة تدخل والا لا
(وان) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق) لانهما ترجعان الى ما هو التبع كالشرب
والطريق لا الى الزرع والثمر فلو قال بعتها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها
من حقوقها او من مرافقها لا يدخل وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخل
الثمر فانه حينئذ يكون من المبيع بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود
حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه (ويقال للبائع) على تقدير عدم الدخول (اقلعه)
اي الزرع (واقطعها) اي الثمر وانث الضمير لان الاسم الذي يفرق بينه وبين
واحده بالتاء يذكر ويؤنث (وسلم المبيع) لان التسليم لازم عليه وذلك لا يكون
الا بالتخلية وعند الائمة الثلاثة للبائع تركها حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد

الزرع (وكذا لا يدخل) في بيع الارض (حب بذر) ما فيها ولم يصل صفته
حب (ولم ينبت بعد) اونبت وصار له قيمة وتعرف قيمته بتقوم الارض
مبذورة وغيرها فان كانت قيمتها مبذورة اكثر علم انه صار متقوما (وان نبت)
البذر (ولم يصر له قيمة) بعد (دخل) في البيع (وقيل لا) يدخل وصرح
في التجنيس بان الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجابي وفصل
في الذخيرة في غير النابت بين ما اذا لم يعفن اولا فان عفن فهو للمشتري لان العفن
لا يجوز بيعه على الانفراد فصار جزء من اجزاء الارض وفي البحر وصحح
في السراج عدم الدخول الا بالذكر وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات
فالحاصل ان الصحيح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة الا قبل النبات فالصواب
دخول ما لا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الخلاف الثمر الذي
لا قيمة له (ومن باع ثمرة بدا صلاحها او لم يبد) من البدو بالضمتين والتشديد
الظهور (صح) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في المآل
وقيل لا يجوز قبل بدو الصلاح وهو قول الائمة الثلاثة وانما قيد ببدو
صلاحها لان بيعها قبل البدو لا يصح اتفاقا وقبل بدو الصلاح
بشرط القطع في المنتفع به صحيح اتفاقا وبعد ما تناهت صحيح اتفاقا
اذا اطلق وان بشرط الترك ففيه اختلاف سيأتي فصار محل الخلاف البيع
بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا اي بلا شرط القطع ولا بشرط الترك
فعند الائمة الثلاثة لا يجوز وعندنا يجوز ولكن اختلفوا فيما اذا كان غير منتفع
به الآن اكلا وعلفا للدواب فقيل بعدم الجواز ونسبه قاضيخان لعامة
مشايخنا والصحيح الجواز كما في البحر وفي الفتح والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ
ان يبيع الكمثرى اول ما تخرج مع الاوراق فيجوز فيها تبعا الاوراق كانه
ورق كله وان كان ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب
اذا باع بشرط القطع او مطلقا وفي الشمني وانما الخلاف في تفسير بدو صلاحها
وعندنا على ما في المبسوط هو ان يأمن العاهة والفساد وعلى ما في الخلاصة
عن التجريد ان يكون منتفعا به وعند الشافعي ظهور النضج ومبادي
الحلاوة (ويقطعها المشتري في الحال) تفريغا لملك البائع واجرة القلع على
المشتري (وان شرط تركها) اي الثمرة (على الشجر) حتى تدرك (فسد)
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير اولانه صفقة في صفقة
لانه اجارة في البيع ان كانت للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم تكن
لها حصة من الثمن كما في اكثر المعتبرات قال في البحر وتعقبهم في الغاية بانكم
قلتم ان كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال انه صفقة في صفقة

وحولوا به انه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة وفيد نا جميعا انتهى هذا وسيتم ان كانت الاجارة فاسدة وان باطلة فلا الماسيأتي ان اجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فيلزم في هذه الصورة ان لا توجد صفقة في صفقة فلا يندفع الاشكال تأمل ( ولو ) وصلية اي ولو كان ( بعد تناهي عظمها ) عند الشيخين وهو القياس لان ما زاد وحدث من الترك في ملك البائع معدوم عند البيع وهو مجهول ( خلافا لمحمد ) فانه قال يفسد في المتناهية استحسانا لانه شرط متعارف وهو قول الائمة الثلثة وفي البحر نقلا عن الاسرار الفتوى على قول محمد وبه اخذ الطحاوي وفي المنتقى ضم اليه ابا يوسف وفي التحفة والصحيح قولهما لان التعامل لم يكن بشرط الترك وانما كان بالاذن بالترك من غير شرط ( وكذا ) يفسد ( شراء الزرع ) بشرط الترك لما قرنا ( وان تركها ) اي الثمرة الغير المتناهية على الشجر ( باذن البائع بلا اشتراط ) تركها حالة العقد ( طاب له ) اي للمشتري ( الزيادة ) الحاصلة في ذات الثمرة بالترك لانه حصل بطريق مباح ( وان تركها ) اي الثمرة ( بغير اذنه ) اي البائع ( تصدق بما زاد في ذاتها ) لحصوله بطريق محظور ويعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الادراك وما تفاوت بينهما يكون زائدا ( وان تركها ) اي الثمرة ( بعد ما تناهت ) بغير اذنه الى ان تدرك ( لا يتصدق ) المشتري ( بشيء ) لان الثمرة اذا صارت بهذه الحالة لا يتحقق زيادة فيها وانما هو تغير وصف هو من اثر الشمس والقمر والكواكب ( وان استأجر ) المشتري ( الشجر بطلت الاجارة ) اي لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر ( الى وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة وطابت الزيادة ) لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا فطاب ( وان استأجر ) المشتري ( الارض لترك الزرع ) الى ان يستحصد ( فسدت ) الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ( ولا تطيب الزيادة ) الحاصلة فيها للخبث والحاصل ان الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الفاسد لان الفاسد ما كان موجودا باصله وانما بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيفسد الاذن فتمكن الخبث وفي العناية كلام فليطالع ( ولو اثمرت ) الشجرة ( ثمرا آخر ) بعد شراء الموجود ( قبل القبض ) بتخلية البائع بين المشتري وبين الثمرة ( فسد البيع ) ان لم يحلل له البائع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وصيرورة الثمن هذا اذا لم يعرف الحادث بالوجود

فان عرف فالعقد صحيح على حاله و كذا اذا حلل له البائع كما فى الكافى ( ولو ) اثرت الشجرة ثمرا آخر ( بعد القبض ) اى بعد قبض المشترى المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ولكنهما ( يشتركان ) فيه لاختلاط ملك احدهما للآخر ( والقول فى قدر الحادث للمشترى ) مع يمينه لكونه فى يده وفى التبيين وكذا فى الباذنجان والبطيخ فحاصله ان لهذه المسئلة ثلث صور احديها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه مامضى وثانيها ان لايخرج شئ منه فانه لايجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لايجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وابو بكر بن الفضل يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لايجوز وفى البحر وهو ظاهر المذهب لكن فى الفتح فان الناس تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك والمخلص ان يشترى اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون مايحدث على ملكه وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع مايوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال ابو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على انه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط انتهى ( ولو باع ثمرة ) على شجرة ( واستثنى منها ) اى من الثمرة المبيعة المجدودة اوغيرها ( ارطالا معلومة صح ) اى البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان المستثنى معلوم بالعبارة والمبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لاتمنع الجواز الاترى ان بيعه مجازفة جائز والاصل ان ماجاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة الاقفيزا وقفيزا من صبرة بخلاف الحمل واطراف الحيوان حيث لايجوز استثناؤه لانه لايجوز بيعه ابتداء ( وقيل لا ) يصح وهو رواية الحسن والطحاوى وهو قول الشافعى واحمد لجهالة الباقى وهو اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة تفضى الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان مالا يفضى اليها يصح معها بل لابد من عدم

الاقتضاء اليها في الحجة من كون البيع على حدود الشرع الاترى ان المتبايعين
لو تراضيا على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول ولا يصير
ذلك صحيحا كما في الفتح وفي المنح وقد يتوهم من كلام الزيلعي ان رواية عدم
الجواز هي رواية الحسن وحده وليس كذلك بل هي رواية الطحاوي ايضا
عن الامام وتمامه فيه فليطالع ثم محل الاختلاف ما اذا استثنى معينا فان استثنى
جزأ كربع وثلث منه صح اتفاقا وكذا لو كان الثمر محدودا واستثنى منه
ارطالا جاز وقيد بالارطال لانه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لانه
استثناء القليل من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون ذلك فيكون استثناء
الكل من الكل (ويجوز بيع البر) والشعير والعدس حال كونه (في سنبله
اي بيع بغير جنسه) وان بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربوا (وكذا) يجوز بيع
(الباقلاء) هو بالقصر والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف (في قشره
والارز والسمسم وكذا) يجوز بيع (الجوز والفستق) بضم الفاء والتاء وسكون
السين (واللوز في قشرها الاول) قيد الجميع والتقييد بالاول وهو الاعلى
تنصيصا على موضع الخلاف فان الشافعي لا يجوز بيع ذلك كله وله في بيع
السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصها وتسليمها
الى المشتري هو المختار وفي الكافي وغيره وللشافعي ان البيع مستور بشيء لا منفعة له
وصار كتراب الصاغة اي كبيع تراب الفضة بتراب الفضة او بالفضة ولنا
انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض
ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز
بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من قشره الاول انتهى لكن
الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا الا ان يقال انه مبني على الزام الشافعي
بمذهبه في المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا الزاميا على مذهبه
ولا يسمى جدلا فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليه حينئذ
ما قال صاحب الدرر تأمل (واجرة الكيال) في مثل البر للكيال (وعاد المبيع)
اي اجرة العد في مثل الثمر للعداد (ووزنه) اي اجرة الوزن في مثل العسل
للوزان (وذرعه) اي اجرة الذرع في مثل الارض للذراع (على البائع)
فيما بيع بشرط الكيل والعد والوزن والذرع لانه من تمام التسليم وتسليم
المبيع عليه وكذا ما كان من تمامه قيد بالكيل لان صب الحنطة في الوعاء
على المشتري وكذا اخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشتري
جزافا عليه وكذا كل شيء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها
وبين المشتري وكذا قطع الثمر اذا خلى بينها وبين المشتري كما في البحر وغيره.

لكن في الفتح وصيها في وعاء المشتري على البايع ايضا هو المختار ( واجرة نقد الثمن ) اى تمييز جيده عن رديه ( ووزنه على المشتري ) لانه يحتاج في تسليم الثمن الى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنته عليه وكذا مؤنة الجيد عن غيره هو الصحيح كما في الخلاصة وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وبه يفتى كما في الزاهدى وغيره الااذاقبض البايع الثمن ثم جاء برده بعيب الزيافة فانه على البايع واما اجرة نقد الدين فانه على المديون الااذاقبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين كما في البحر ( وفي بيع سلعة بثمن ) اى بدراهم ودنانير ( يسلم هو اولا ) اى سلم الثمن قبل المبيع اذا وقع المنازعة بينهما في تسليم المبيع والثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما خلافا للشافعي في قول هذا اذا كان المبيع حاضرا وان غايبا فلا يسلم حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن وفي البزازية باع بشرط ان يدفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقال محمد لا يصح لجهالة الاجل ( ان لم يكن ) البيع ( مؤجلا ) فانه لو كان مؤجلا لا يمكن التسليم اولا بل يجب تسليم المبيع وان اسقط البايع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشتري في قبض المبيع ( وفي بيع سلعة بسلعة ) هذا بيع المقايضة على مامر ( او ثمن بثمن ) ويسمى هذا بيع الصرف ( سلما معا ) تسوية بينهما في العينية والدينية فلا ضرورة في تقديم احدهما بالدفع لكن لا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة وفي التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه النقل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان الامام يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البايع قبضته فلو اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال المشتري تعال معي او امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح له وقال خليت

بينك وبينها فهو قبض وان لم يقل شيئا لا يكون قبضا وان باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها والا فهي بعيدة وتمامه في البحر فليطالع وفي التنوير وجد البائع الثمن زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به فبقبض بدل الجياد زيوفا ثم علم بها ردها ويسترد الجياد ان قائمة والا فلا اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع اسوة للغرماء وان لم يقبضه فالبائع احق به اتفاقا

## ( باب الخيارات )

وفي المستصفى العلل نوعان عقلية وهي ما لا يجوز تراخي الحكم عنها كالسواد مع الاسوداد ولذلك قال الشيخ ابو نصر العلة العقلية ما اذا وجد يجب الحكم به وشرعية كالبيت للحج والاوقات للصلاة والبيع للاشارة في مثل هذه العلة يجوز تراخي الحكم عن علته الا انه لا يجوز تخلف الحكم عن العلة الاصلي قول من يجوز تخصيص العلة واعلم ان الموانع انواع مانع يمنع انعقاد العلة كما اذا اضاف البيع الى حر ومانع يمنع تمام العلة كما اذا اضاف الى مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع تمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب فقدم خيار الشرط على انواعه لهذا وفي البحر والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلثة الا هي ثلثة عشر خيارا خيار الشرط خيار الرؤية خيار العيب خيار الغبن خيار الكمية خيار الاستحقاق خيار كشف الحال خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض خيار اجازة عقد الفضولي خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد خيار التعيين خيار الخيانة في المرابحة خيار نقد الثمن وعدمه (صح خيار الشرط) اي الاختيار للفسخ او الاجازة بسبب شرطه ولو بعد البيع فالخيار اسم من الاختيار والاضافة من قبيل اضافة الحكم الى علته وسببه وهي بين الصحابة والفقهاء شائعة فلا حاجة الى ما قيل من انه لو قال صح شرط الخيار لكان اولى لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار تدبر (لكل من العاقدين) اي البائع والمشتري منفردا (ولهما معا) اي صح الخيار للبائع والمشتري جميعا في مبيع او اعتقه صرح في السراجية حيث قال اشترى مكيلا او موزونا او عبدا وشرط الخيار في نصفه او ثلثه او ربعه جاز كما في البحر (ثلثة ايام) بالنصب على الظرف او بالرفع على الابتداء والخبر هو الظرف المقدم ويجوز ان يكون هو مبتدأ على نحو قوله تعالى ومنهم دون ذلك فيكون من قبيل التجاذب كما في القهستاني لكن في الفتح والصواب ان تقدر مدته ثلثة ايام فما دونها (لا اكثر) من ثلثة ايام

عند الامام وزفر والشافعي لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ووجهه ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم اولا فيكون مفسدا لكنه جوز بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة لا ما فوقها وفي البحر وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على اصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما والخالي عنه علة اسما ومعنى وحكما ( الا ان اجاز ) اي من له الخيار ( في الثلثة ) يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلثة ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز في الثلثة باسقاط خيار الاكثر جاز عند الامام ولا اعتبار لا وله لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد في ظاهر الرواية وهو قول العراقيين وقيل موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهو مختار السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر وعند زفر والشافعي يفسد من اول الامر اذا شرط الزيادة على الثلث ولو ساعة فلا ينقلب جائزا كالنكاح بغير شهود حيث لا ينقلب صحيحا بالاشهاد ( وعندهما يجوز اكثر من الثلث ان بين مدة معلومة اي مدة كانت ) طويلة او قصيرة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمست الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل في الثمن قيد بمعلومة لان الخيار اذا كان مجهولا بان قال اشتريت على اني بالخيار اياما او قال مؤبدا فانه غير جائز اتفاقا وفي الخلاصة لو اثبت الخيار ولم يذكر وقتا فله الخيار ما دام في المجلس ( وان اشترى ) شخص شيئا ( على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح ) البيع استحسانا اذا نقده في ثلاث والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة لا يجوز لانه بيع شرطت فيه الاقالة فهو مفسد ولنا ان ابن عمر رضي الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولانه في معنى شرط الخيار فلا يفسده قيد بقوله الى ثلثة لانه لو لم يبين الوقت اصلا او ذكر وقتا مجهولا فالبيع فاسد اتفاقا ( و ) ان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن ( الى اربعة ايام لا ) يصح البيع عند الامام لان هذا في معنى الخيار من حيث ان الحق منهما التفكر وشرط فوق الثلثة مفسد فكذا بهذا وعن ابي يوسف روايتان واصحهما انه مع الامام ( الا ان ينقد في الثلثة ) اي اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة او اكثر فنقد في الثلاث جاز بالاجماع كما في شرط الخيار لزوال المفسد

(وعند محمد يجوز الى اربعة) ايام (او اكثر) كما في خيار الشرط جريا على
اصله وابو يوسف كان مع محمد في هذا الاصل لكن خالفه في هذه المسئلة
عملا بالنهى الوارد عن البيع بشرط الا ان النص ورد في شرط الخيار فبقى
فبقى الحكم في المسئلة على مقتضى النهى لكن يشكل قول ابي يوسف بجواز
الزيادة على شهرين لعدم الاثر في الزيادة مع انهما يجوز تأمل (وخيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه) وان قبضه المشترى باذن البائع لان خروجه
انما يكون برضاء البائع والخيار ينافيه فيصح تصرف البائع في المبيع في مدة
الخيار تصرف الملاك من الهبة والعتق والوطى وغيرها ولا يصير فسخا للبيع
فيخرج الثمن عن ملك المشترى اتفاقا لكنه لا يدخل في ملك البائع عند الامام
وقالا يدخل (فان قبضه) اى المبيع (المشترى) سواء كان باذن البائع اولا
(فهلك) عنده في مدة الخيار حتى لو هلك عند البائع ينفسخ البيع ولا شئ
على المشترى (لزم قيمته) اى قيمة المبيع على المشترى لان خيار البائع لا يسقط عن المبيع
الهالك فوقع الهلاك على ملكه فينفسخ البيع لعدم امكان اللزوم اذ اللزوم
للزم بعد الهلاك وذا لا يجوز لعدم المحل وكان مضمونا كالمقبوض على سوم
الشراء لان بطلان العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة ان قيميا
وبالمثل ان مثليا ولم يذكر المثل كما ذكره البعض اكتفاء بذكر الاصل في الضمان
قيدنا في مدة الخيار لانه لو هلك بعد تمام المدة يجب عليه الثمن لا الضمان
لان العقد قد لزم بعد تمامها (وخيار المشترى لا يمنع) خروج المبيع عن ملك
البائع اتفاقا للزوم البيع في جانبه ويمنع خروج الثمن من ملك المشترى بالاتفاق
والاصل ان البدل الذى من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه (فان هلك)
المبيع (في يده) اى المشترى (لزم الثمن) لان البيع اذا قرب من الهلاك
يكون معيبا لا يمكن الرد فيلزم العقد الموجب للثمن المسمى خلافا للشافعى
فان عنده يجب القيمة (وكذا) لزم الثمن (لو تعيب) في يد المشترى باطلاقه
فيشمل ما اذا عيبه المشترى او اجنبى او تعيب بآفة سماوية ولكن باقيا على
اطلاقه وانما المراد عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده واما جواز ارتفاعه
كالمرض فهو على خياره ان زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت والعيب
قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في البحر وغيره وانما قال عيبا لا يرتفع كما قال بعض
الفضلاء لانه اذا كان العيب نظيرا للهلاك يفهم ان يكون العيب مما لا يرتفع
كما لا يرتفع الهلاك لان الكلام فيما لا يمكن رده على وجه قبضه او لا تأمل
(الا انه) اى المبيع اذا خرج عن ملك البائع فيما اذا شرط الخيار للمشترى
(لا يدخل في ملك المشترى) عند الامام كيلا يجتمع البدل والمبدل عنه في ملك

شخص واحد (خلافا لهما) فان عندهما يدخل وهو قول الائمة الثلثة لانه لما خرج المبيع عن ملك البائع وجب ان يدخل فى ملك المشترى كيلا يصير سائبة بغير مالك وقيده بكون المبيع فى يد المشترى لانه لو هلك قبل القبض فلاشئ عليه اتفاقا ولم يذكر حكم ما اذا كان الخيار لهما ففى اكثر المعتبرات لا يخرج شئ من المبيع والثمن من ملك البائع والمشترى اتفاقا (فلو اشترى زوجته بالخيار) هذا تفريع لقوله (لا يفسد النكاح) عند الامام لانه لا يملكها باعتبار الخيار ويفسد عندهما لانه يملكها (وان وطئها) اى الزوجة المشتراة بالخيار (فله) اى للزوج المشترى (ردها) عند الامام (لانه) اى الوطئ (بالنكاح) اى بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له ان يردها مطلقا (الا فى البكر) فانها لا ترد اتفاقا لان الوطئ ينقصها عنده وعندهما الوطئ بملك اليمين وظاهره انه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك كما فى البحر (ولو ولدت) تلك المشتراة او حبلت منه (فى مدته) اى فى مدة الخيار بالنكاح (لا تصير) تلك المشتراة (ام ولده) اى الزوج المشترى عند الامام خلافا لهما فان عندهما تصير ام ولد له او ادعى الولد لانه ولد والفراش ضعيف كما فى الاصلاح لكن الكلام فى الحامل من المشترى بالنكاح فلا حاجة الى قيد الدعوة تدبر ومحله ما اذا كان قبل القبض اما بعده سقط الخيار اتفاقا وتصير ام ولد للمشترى لانها تعيبت عنده بالولادة فعلى هذا لو قال ولو ولدت فى مدته بالنكاح قبل القبض كما فى اكثر المعتبرات لكان اولى تدبر (ولو اشترى قريبه) اراد به ذا رحم محرم منه (به) اى بالخيار (او) اشترى (عبدا) او امة (بعد قوله ان ملكت عبدا) او امة (فهو حر لا يعتقان) عند الامام لعدم الدخول خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار فيعتق عندهم جميعا (ولا يعد حيض) الجارية (المشتراة به) اى بالخيار اذا حاضت (فى مدته) اى مدة الخيار (من الاستبراء) عند الامام خلافا لهما (ولا استبراء على البائع ان ردت) الجارية (به) اى بالخيار عند الامام سواء كان قبل القبض او بعده لانه لم يدخل فى ملك غيره وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب قياسا واستحسانا واجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة وغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا كما فى العناية (ولو قبض المشترى به) اى بالخيار (المبيع باذن البائع ثم اودعه) اى اودع المشترى المبيع (عنده) اى البائع (فهلك) فى يد البائع فى المدة او بعدها (فهو على البائع) عند الامام ولا شئ على المشترى (لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك)

فلا يثبت الايداع لانه يصير رافعا للقبض فيقع الهلاك قبل قبض المشتري
فهو يبطل البيع وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه ملكه فصار
مودعا مال نفسه فهلاكه في يد المودع كهلاكه في يده هذا لو كان الخيار
للمشتري ولو للبائع فسلم المبيع الى المشتري فاودعه البائع بطل البيع عند الكل
ولو كان البيع باتا فقبض باذن البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل
ولو كان البيع باتا فقبض المبيع باذن البائع او بغير اذنه ثم اودعه البائع فهلك
كان على المشتري اتفاقا لصحة الايداع كما في البحر ( ولو اشترى ) العبد ( المأذون له
شيئا ) اي بالخيار ( فابرأه بايعه عن ثمنه ) في المدة ( بقي خياره ) عند الامام
لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك ( وله ) اي للمأذون ( الرد ) بالخيار
( لانه ) اي المأذون ( يلي عدم التملك ) كما لو وهب له هبة فامتنع عن القبول
وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع
بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه وهذا يقتضي صحة الابراء لكن لا يصح
عند ابي يوسف قياسا ويصح عند محمد استحسانا ( ولو اشترى ذمي من ذمي
خمرا ) اي بالخيار ( واسلم في مدته بطل شراؤه ) عند الامام ( لانه لا يملكها )
اي الخمر ( مسلما بالاجازة ) وعندهما بطل الخيار لانه ملكها فلا يملك ردها
وهو مسلم هذا في اسلام المشتري اما لو اسلم البائع فلا يبطل بالاجماع وصار
المشتري على حاله ( خلافا لهما في الجميع ) اي جميع المسائل التي وقعت من قوله
فلو اشترى الى هنا وقد ذكر قولهما ووجههما عقيب كل منها وقد زاد بعض
الشارحين على ما ذكره مسائل منها ما اذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته
فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده ومنها لو اشترى
دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال السرخسي
لا يكون اختيارا وهو كابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامتها
اختيار عندهما لانه ملك العين وعنده ليس باختيار ومنها لو اشترى حلال ظبيا
بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده فينتقض عنده ويرد الى البائع وعندهما
يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم
المشتري ان يرده ومنها اذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد الى
البائع عنده لانها حدثت على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت
على ملكه كما في البحر ( ومن له الخيار ) سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا فله
ان يفسخ وله ان يجيز واذا اراد الاجازة ( يجيز ) البيع ( بحضرة صاحبه
وغيبته ) في مدته بالقول او الفعل وان لم يعلم صاحبه بالاتفاق لكونه راضيا
وقت اثبات الخيار ( ولا يفسخ ) البيع في مدته ( الا بحضرته ) فالمراد

بالحضرة علم صاحبه اوعلم من يقوم مقامه عند الطرفين لان الفسخ تصرف في حق صاحبه وذا لايجوز بدون علمه كالموكل اذاعزل الوكيل لايثبت حكم عزله في حقه مالم يعلم في الخيار باق على حاله ( خلافا لابي يوسف ) وهو قول زفر والائمة الثلاثة فانهم يقولون ينفسخ بغيبته ايضا لانه مسلط على الفسخ من طرف صاحبه فلايتوقف على علمه ولذا لايشترط رضاؤه فصار كالوكيل بالبيع هذا اذاكان الفسخ بالقول ولو كان بالفعل كالاعتاق والبيع والوطئ يجوز بلاعلمه بالاتفاق لانه حكمي ولايشترط العلم في الحكمي وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لايصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لايثبت الابالقضاء ( فان فسخ ) من له الخيار بغيبة صاحبه ( وعلم به ) الآخر ( في المدة انفسخ ) البيع لحصول العلم به ( والا ) اى وان لم يعلم به الآخر في المدة بل علم بعد مضى المدة ( تم العقد ) لوجود الرضاء ( دلالة ) حيث لم يتم الفسخ لايقال ان في شرط العلم ضررا لمن له الخيار اذ لايجوز ان يختفى صاحبه فلايصل اليه الخبر في مدته لانا نقول يمكن تداركه بان اخذ منه كفيلا يحضره في المدة اووكيلا يثق به حتى اذابداله الفسخ رده عليه وقال بعضهم لورفع الامر الى الحاكم فنصب من يخاصم عنه صح الرد عليه ( ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار ) ولاينتقل الى الورثة وقال الشافعي يورث عنده لانه حق لازم له في البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا ان الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقدبطلت اهلية التأمل بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره كذا قالوا اذاعلمت هذا ظهر ان خيار التغرير وهو مااذاغر البائع المشترى اوبالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش لايورث لانه مجرد حق ثبت للبائع اوللمشترى كما في خيار الشرط كما في المنح وقيد بموت من له الخيار لان الخيار لايبطل بموت من عليه الخيار اتفاقا ( وكذا ) يتم العقد ويبطل الخيار ( بمضى المدة ) فان اغمى عليه اوجن اونام اوسكر بحيث لايعلم حتى مضت المدة الصحيح انه يسقط الخيار كما في الاختيار خلافا لمالك ( ويتم ) بالاخذ ( بشفعة بسبب المبيع ) بشرط الخيار يعنى لواشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها في مدته وطلبها بطريق الشفعة فهذا الطلب رضى بتلك الدار الاولى لان طلب الشفعة بها يقتضى ابطال الخيار واجازة الشراء سابقا اذ الشفعة لاتصير الابالملك وقيدنا بشرط الخيار لان طلبها لايسقط خيار الرؤية والعيب ولوقال وبالطلب بشفعة لكان اولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما في المعراج فلهذا قلنا في تصويرها وطلبها بطريق

الشفعة تدبر ( و ) تم ( بكل مادل على الرضى ) من قبيل عطف العام على الخاص ( كالركوب لسير الاختيار ) اى الاختيار فلو ركب دابة لينظر الى سيرها لايدل على رضاه كالو ركبها ليردها اوليسقيها او ليعلفها وفيه اشعار بانه لو استخدم الجارية مرة للامتحان ثم اخرى فان كان من نوع واحد فهو رضى والافلا وكذا اذا لبسه مرة كما فى اكثر الكتب وعلى هذا يكون فى عموم قوله لغير الاختبار نظر كما فى العناية لكن يمكن ان يقال انه اعم من الاختيار اوما فى حكمه عند وسع به النظر تدبر ( والوطئ ) والقبل واللمس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة ( والاعتاق وتوابعه ) اى توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذا كل تصرف لايحل الا فى الملك كالبيع والاجارة والاسكان والرهن والبناء والغرس والهدم ورعى الماشية وحلب البقرة ومعالجة الدابة وكرى الانهار لان هذه التصرفات دليل الملك هذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل هذه الاشياء انفسخ البيع ( وان شرط المشترى الخيار لغيره ) عاقدا اوغيره لعموم الغير ( جاز ) الشرط عندنا ويثبت لهما الخيار والقياس ان لايجوز وهو قول زفر لانه موجب العقد فلايجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن وجه الاستحسان انه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرفه والتقييد بالمشترى اتفاقى لان البائع لوشرط الخيار جاز ايضا كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لوقال وان شرط احد المتعاقدين الخيار لاجنبى لكان اولى لشمل البائع والمشترى ويخرج اشتراط احدهما للاخر فان قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد كما فى البحر وفى النوازل لوشرط الخيار لجماعة ان عين اسماءهم جاز والافلا ( وايهما ) اى اى من المشترى ولغيره والبائع ( اجاز البيع او فسخ البيع صح ) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة اونيابة ( وان اجاز ) البيع ( واحد ) ممن شرط الخياره من المتعاقدين والاجنبى ( وفسخ الآخر ) البيع ( اعتبر السابق ) رداكان اواجازة لوجوده فى زمان لايزاحمه فيه احد وتصرف الآخر بعده لغو ( وان كانا ) اى الفعلان وهما الاجارة والفسخ ( معا ) اى يخرجا بان اجاز واحد وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا ( فالفسخ ) اى فالمعتبر الفسخ فى رواية لان الخيار شرع للفسخ فهو تصرف فيما شرع لاجله وكان اولى كما فى الاختيار وصححه قاضيخان وقال الزيلعى وهو الاصح وبه جزم المص وكثير من المتون فكان هو المذهب وقيل رجح تصرف العاقد نقضا اواجازة لان الصادر من نيابة لايصلح معارضا للصادر عن اصالة وفى البحر اوتفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز ( فلو باع ) شخص

( عبدين ) مسميين بالقابل والمقبول على انه ( بالخيار فى احدهما ) اى فى احد العبدين ثلثة ايام ( فان عينه ) اى عين محل الخيار بان قال على انى بالخيار فى القابل مثلا ( وفصل ثمن كل ) واحد منهما بان قال القابل بالف والمقبول بالف ومائة ( صح ) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لايجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع ولن يكونا معلومين الابالتفصيل والتعيين ( والا ) اى وان لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار اوان يفصله ولم يعينه اوان لايفصله ويعينه ( فلا ) يصح البيع لجهالة الثمن والمبيع اواحدهما فهذه اربعة انواع واما بيع عبد على انه بالخيار فى نصفه فجاز بلاتفصيل لان النصف من الواحد لايتفاوت وكذا الحكم فى بيع شئ من الكيلى اوالوزنى بالخيار فى نصفه لان ثمن الكل اذاكان معلوما يصير نصف الثمن معلوما والشيوع لايمنع الصحة والجواز ولافرق بين ان يكون الخيار للبايع اوللمشترى كما فى العينى ( ويجوز خيار التعيين ) للمشترى ( وهو بيع احد الشيئين اوثلثة ) اشياء ( على ان يأخذ المشترى اياشاء ) من الاثنين اوالثلثة والقياس الفساد لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان انه فى معنى شرط الخيار لاحتياج الناس الى اختيار من يثق به واختيار من يشتريه لاجله ولايمكنه البايع من الحمل اليه الافى البيع فكان فى معنى ماورد به الشرع والجهالة لاتوجب الفساد بعينها بل لافضائها الى المنازعة ولامنازعة فى الثلاث لتعيين من له الخيار ( ولايجوز فى اكثر من ثلثة ) اشياء لعدم الحاجة اليها لاشتمال الثلثة على الجيد والردى والوسط فما فوقها باق على القياس لان ثبوت الرخصة بالحاجة والحاجة تندفع بالثلث وفى البحر يجوز خيار التعيين فى جانب البايع كما يجوز فى جانب المشترى ( ويتقيد تخيره بمدة خيار الشرط على الاختلاف ) بين الامام وصاحبيه يعنى بثلثة ايام عنده وبمدة معلومة عندهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لايشترط كما يشعر به كلام المص وهو المذكور فى الجامع الكبير والمبسوط قالوا ووضعها فى الجامع الصغير مع خيار الشرط اتفاق لالانه شرط قال فخر الاسلام وهو الصحيح ( والمبيع واحد ) من الشيئين اوالثلثة فى هذه الصورة ( والباقى امانة ) فى يد المشترى ثم فرعه فقال ( فلوقبض ) المشترى لانه لولم يقبضه فهلاك بطل البيع ( الكل فهلك ) فى يده ( واحد اوتعيب ) فى يده واحد ( لزم البيع ) بالثمن ( فيه ) اى فى الهالك اوالمتعيب لامتناع الرد بالهلاك اوبسبب العيب الذى حدث فيه عنده ( وتعين الباقى للامانة ) فى يده

لان الداخل تحت العقد احدهما والذى لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا طريق الوثيقة وكان امانة فى يده فيرده ( وان هلك الكل ) فى يده ( رده ) اى المشترى ( نصف ثمن كل ) ان كان شيئين ( او ثلثه ) ان كان ثلثة لشيوع البيع والامانة مع عدم الاولوية ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو كان الهلاك على التعاقب ولم يدر الاول بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث بقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لان المعيب محل لابتداء البيع وكذا التعيين بخلاف الهالك فانه ليس محلا لابتدائه فليس لتعيينه ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط كما فى المنح ( وليس له ) اى للمشترى بخيار التعيين ( رد الكل ) للزوم البيع فى احدهما ( الا ان ضم اليه ) اى الى خيار التعيين ( خيار الشرط ) فحينئذ له رد الكل فى مدته لانه امين فى احدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد احدهما ( ويورث خيار التعيين ) يعنى لو مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لان المورث كان مخصوصا بتعيين ملكه المخلوط برضاء صاحبه فكذا وارثه حيث انتقل الملك اليه مخلوطا بملك الغير ( و ) يورث ( خيار العيب ) لان المورث استحق المبيع غير معيب فكذا الوارث فله رده ان كان معيبا وهذا معنى الارث فيهما فلا ينافى ما قيل انهما لا يورثان اى نفسهما كيف والارث فيما يقبل الانتقال ( لا ) يورث ( خيار الشرط و ) خيار ( الرؤية ) لانهما يثبتان للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد وقال الشافعى يورث خيار الشرط لان الوارث ورث الملك على وجه التوقف كما كان فله خيار الشرط والانسب ذكر مسئلة الارث وعدمه فى آخر الخيارات كما لا يخفى تدبر ( ولو اشتريا ) اى الرجلان شيئا ( على انهما بالخيار فرضى احدهما بالبيع ) بان اسقط خياره ( لا يرد الآخر ) عند الامام ( خلافا لهما ) فانهما قالا له ان يرده وهو قول الائمة الثلثة لانه لو لم يملك فحينئذ كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وله ان رد احدهما دون الآخر يوجب عيبا فى المبيع لم يكن عند البائع اعنى عيب الشركة وخصصه فى البحر بما اذا كان بعد القبض اما قبله فليس له الرد يعنى اتفاقا فان قلت بيعه منهما رضاء منه بعيب التبعيض قلت اجيب بانه ان سلم فهو رضى به فى ملكهما لا فى ملك نفسه كما فى المنح قيد بالمشتريين لان البائع لو كان اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط او عيب فرد المشترى نصيب احدهما دون الآخر بحكم

الخيار جاز اتفاقا كما فى شرح المجمع ( وعلى هذا ) الخلاف ( خيار العيب ) يعنى لواشترياه فرضى احدهما بعيب فيه لاالاخر ( و ) خيار ( الرؤية ) يعنى لواشتريا شيئا لم يرياه ثم رآه احدهما ورضى لاالاخر قال فى المنح ويلزم البيع لواشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان الخيار للبايعين فرضى احدهما دون الاخر فليس لاحدهما الانفراد اجازة اوردا هذا عند الامام كما فى الخانية ( ولواشترى عبدا على انه خباز ) وفى المعراج قوله على انه خباز اى عبد حرفته هذا لانه لوفعل هذا الفعل احيانا لايسمى خبازا (اوكاتب فظهر) العبد ( بخلافه ) اى بخلاف ماذكره بان كان غير خباز اوغير كاتب ( اخذه ) اى المشترى ( بكل الثمن ) المسمى ان شاء لان الوصف لايقابله شئ من الثمن كما اذااشترى دارا اوارضا على ان فيها كذا وكذا بيتا اونخلة فوجدها ناقصة جاز البيع وله الخيار ( اوترك ) ان امكن وهو قول الشافعى لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط ويثبت بفواته الخيار للمشترى لانه لم يرض بالعبد دونه وهذا الاختلاف اختلاف نوع لااختلاف جنس لقلة التفاوت فلايفسد العقد بعدمه بخلاف شرائه شاة على انها حامل اوتحلب كذا رطلا اوعبدا يكتب كذا وكذا حيث يفسد البيع فى ظاهر الرواية لان هذا شرط مجهول لاوصف مرغوب حتى لوشرط انها حلوب اولبون لايفسد لانه يذكر على سبيل الوصف دون الشرط كما اذااشترى فرسا على انه هملاج اوكلبا على انه صيود اواشترى جارية على انها ذات لبن وهو رواية عن الامام وبه اخذ الفقيه ابوالليث والصدر الشهيد وعليه الفتوى قيدنا بان امكن لانه ان تعذر الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البايع بالنقصان فى ظاهر الرواية وهو الاصح وفى المنح لوقال احد المتبايعين شرطنا الخيار وانكر الاخر فالقول قوله كما فى دعوى الاجل والمضى فان القول للمنكر اشترى جارية بالخيار فرد غيرها بدلها قائلا بانها المشتراة فتنازع البايع والمشترى فقال البايع غيرت والمبيعة ليست كذلك وانكر المشترى التغير وليس للبايع بينة فالقول للمشترى مع اليمين وجاز للبايع وطئها ولوقال البايع عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى ولواشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البايع رده عليه

## ( فصل )

فى خيار الرؤية ( من اشترى مالم يره جاز ) اى صح البيع عندنا وعند الشافعى فى القول الجديد لايصح وفى الكفاية الخلاف فيما اذا كان المبيع قائما بين

بدنهما موجودا كما اذا اشترى زيتا فى زق اورا فى جوالق اولؤلؤا فى كم اوشيئا مسمى موصوفا او مشارا اليه او الى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم حتى اولم يكن كذلك ولم يشر اليه او الى مكانه لا يصح البيع اتفاقا وموضع الخلاف فى المبيع اذ لا خيار فى الثمن الدين واما الثمن العين ففيه الخيار عندنا لانه بمنزلة المبيع له ان المبيع مجهول الوصف وجهالته تمنع الجواز ولنا قوله عليه السلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وفى البحر واراد بمالم يره مالم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز وصارت الرؤية من افراد المعنى المجازى ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفى المنية اشترى مايذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره ( وله ) اى للمشترى ( رده ) اى الشئ الذى اشتراه ولم يره ( اذا رآه مالم يوجد ) من المشترى ( ما يبطله ) اى الخيار وفى البحر اختلفوا هل هو مطلق او موقت فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة وقيل يثبت الخيار له مطلقا فيكون له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقط بالقول او بفعل مايدل على الرضى وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه ( وان ) وصلية ( رضى قبلها ) اى له الرد اذا رآه وان قال قبل الرؤية رضيت لانه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما بخلاف خيار الشرط والعيب وفى شرح المجمع ثم ان اجازه بالقول قبل الرؤية لا يزول خياره لانه ثبت عند الرؤية فلا يبطل قبل وقتها وان اجازه بالفعل بان يتصرف فيه يزول كما سيجئ واما الفسخ بالقول فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد لان اللزوم بعد تمام الرضى وتمامه بالعلم باوصاف مقصودة وهو غير حاصل قبل الرؤية ( ولا خيار لمن باع مالم يره ) لان النبى عليه السلام اثبت الخيار فى الشراء لا فى البيع واقتضاء جبير بن مطعم بمحضر من الاصحاب فى الشراء لا فى البيع وهو قول الامام آخرا رجع اليه وفى قوله الاول له الخيار اعتبارا بالمشترى كخيار العيب والشرط ( ويبطل ) من الابطال ( خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط ) من صريح ودلالة وضرورة فالفعل للامتحان لا يبطلها ان لم يتكرر كما فى اكثر المعتبرات لكن فيه كلام لانه قد يحتاج الى التكرار اذا لم يعلم بالمرة الاولى تدبر ( من تعيب وتعييب فى يده ) قبل الرؤية بعيب لا يرتفع كقطع اليد لانه اخذه سليما فيمتنع ان رده معيبا ( وتعذر ) مصدر مضاف معطوف على قوله تعيب ( رد بعضه ) بسبب هلاك بعضه لانه لورد بعضه الباقى لزم تفرق الصفقة ( وتصرف ) من المشترى ( لا يفسخ ) صفقة تصرف ( كالاعتاق

وتوابعه) من التدبير والاستيلاد (او) تصرف من المشتري (يوجب حقا للغير كالبيع المطلق) اي كالبيع بغير قيد الخيار (والرهن والاجارة) والهبة بتسليم (قبل الرؤية وبعدها) لان هذه الحقوق تمنع الفسخ فيلزم البيع بطلان الخيار فمعنى البطلان قبل الرؤية خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عند الرؤية (وما) اي التصرف الذي (لايوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة) اي العرض على البيع (والهبة بلا تسليم يبطل) خيار الرؤية (بعدها) اي بعد الرؤية (لاقبلها) لان هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضى فانه لايبطل قبلها بل بعدها وهنا لايوجد الا الدلالة على الرضى المجرد بخلاف الافعال السابقة فان فيها توجد مع الرضى حقوق زائدة فيبطل بعدها وقبلها ثم اعلم ان قوله يبطل خيار الرؤية مايبطل خيار الشرط غير منعكس فلا يقال مالايبطل خيار الشرط لايبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فانه يبطل خيار الرؤية والعيب لا الشرط وهلاك بعض المبيع لايبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية واورد صاحب البحر على الكنز والهداية في هذا المحل فليطالع (وكفت رؤية وجه الرقيق) في سقوط الخيار سواء كان امة اوعبدا لان الحق في الرقيق وجهه لان سائر الاعضاء فيه تبع لوجهه لان القيمة فيه تتفاوت بتفاوته مع التساوي في سائر الاعضاء (و) رؤية (وجه الدابة وكفلها) اي لايسقط الخيار برؤية وجهها حتى ينظر الى كفلها لانه موضع مقصود منه كالوجه هو الصحيح كما في المحيط واكتفى محمد بالنظر الى وجهها اعتبارا بالادمي وشرط بعض العلماء رؤية القوائم وعن الامام في البرذون والبغل والحمار يكفي ان يرى شيئا منه الا الحافر والذنب والناصية كما في البحر (وفي شاة اللحم) اي الشاة التي لحمها مقصود (لابد من الجس) وهو اللمس باليد لانه يعرف به اللحم المقصود (وفي شاة القنية) هي التي تحبس لاجل النتاج (لابد من رؤية الضرع) لانه هو المقصود منها وفي الجوهرة ولو اشترى بقرة حلوبا فرأى كلها ولم ير ضرعها فله الخيار لان الضرع هو المقصود لكن في البحر لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها فليحفظ فان في بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها انتهى فعلى هذا لو قال لابد من رؤية الضرع مع جميع جسدها كما في الاختيار لكان اولى تدبر (ورؤية ظاهر الثوب اذا لم يكن معلما كافية) لان رؤية ظاهره يعلم حال البقية اذ لاتتفاوت اطراف الثوب الواحد الايسيرا (ورؤية علمه) كافية (ان) كان (معلما) لان ماليته تتفاوت بحسب علمه اطلق في هذا لكن في المحيط مقيد بما اذا كان مطويا هذا

اذالم يخالف باطن الثوب ظاهره اما اذا اختلفا فلابد من رؤية الباطن قوله شيئا في عرفهم اما في عرفنا فالظاهر الباطن لا يسقط خياره لانه ليس بمثلي فلا يعرف كله بدون تغيره ولابد منه وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ماقال زفر وهو المختار كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر قول زفر ويرجحه تامل (ورؤية داخل الدار) كافية (وان) وصلية ( لم يشاهد بيوتها ) عند ائمتنا الثلثة ( وعند زفر لابد من مشاهدة البيوت وعليه ) اى على قول زفر ( الفتوى اليوم ) قال في التبيين وغيره وفي عامة الروايات اذا رأى صحن الدار اوخارجها يسقط خياره لكن هذا مبني على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على نمط واحد لا تختلف وذلك يظهر برؤية خارجها واما في زماننا اليوم فلابد من النظر الى داخلها لتفاوت بيوتها ومرافقها قال بعض مشايخنا تعتبر رؤية ماهو المقصود في الدور حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان فتشترط رؤية الكل مع رؤية الصحن فلا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون مقصودا وبعضهم اشترطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديارنا وفي الخزانة ان الفتوى في بيت الغلة على انه تكفي رؤية خارجه لانه غير متفاوت وتكفي في البستان رؤية خارجه ورؤس اشجاره في ظاهر الرواية لكن في البحر قالوا لابد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة ورؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند الامام لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وكذا لو اشترى سمكا في ماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء فرؤيته لا تكفي على الصحيح ( وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه ) لانه لو لزمه يكون الزاما للبيع بما لم يره وانه خلاف النص وكذا الاجازة في البعض لا يكون اجازة في الكل ولا تصح الاجازة في البعض ورد الباقي كما في الاختيار ( ومايعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله ) وفي الاختيار والاصل اذا كان المبيع اشياء ان كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ ونحوها لا يسقط الخيار الا برؤية الكل لانها تتفاوت وان كان مكيلا اوموزونا وهو الذي يعرف بالنموذج اومعدودا متقاربا كالجوز فرؤية بعضه تبطل الخيار في كله لان المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف الا ان يجده اردى من النموذج فيكون له الخيار وان كان المبيع مغيبا تحت الارض كالبصل والثوم بعد النبات ان علم وجوده تحت الارض جاز

والا فلا فاذا باعه ثم قلع منه نموذجا ورضى به فان كان مما يباع كيلا كالبصل اووزنا كالثوم يبطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند الامام لا وان كان مما يباع عددا كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خياره لما تقدم (وفى يطعم لا بد من الذوق) لانه المعرف للمقصود وان كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك وفى الولو الجية اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية والعيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان له ان يرد بخيار العيب والرؤية جميعا كما فى البحر (ونظر الوكيل بالشراء اوالقبض) اى قبض المبيع (كاف لا نظر الرسول) وفى الدرر اعلم ان هنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل كن وكيلا عنى بشراء كذا وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته ومارأيته وصورة الرسالة ان يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الاول تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه ورؤية الوكيل الثانى تسقط عند الامام اذا قبضه بالنظر اليه فحينئذ ليس له ولا للوكيل ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ثم رآه فاسقط الخيار فانه لا يسقط لانه اذا قبض مستورا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا بل للموكل الخيار ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالاجماع (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (هو) اى الرسول (كالوكيل) وفى الفرائد هذا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول فى عدم اسقاط رؤية الخيار لان عدم اسقاط رؤية الرسول الخيار متفق عليه انما الخلاف فى الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه فان رؤيته تسقط الخيار عند الامام لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشترى وعندهما لا يسقط رؤية الوكيل بالقبض لانه وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصر وكيلا به وعبارة المص لا تقبل الاصلاح اصلا ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى فلا يصار اليه انتهى هذا ظاهر لكن يمكن ان يقال وعندهما كالوكيل بالقبض عندهما اى هما سواء فى عدم اسقاط رؤيتهما الخيار تأمل (وبيع الاعمى وشراؤه صحيح) وعند الشافعى فى قول لا يصح لكن لا وجه له اذ يلزم ان يموت جوعا اولم يجد وكيلا بشراء ما يطعم به (وله) اى الاعمى (الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه بالحديث كما فى الهداية

وفي العناية فيه نظر لان قوله عليه السلام مالم يره سلب وهو يقتضي تصور
الايجاب وهو انما يكون في البصير فالاولى ان يستدل بمعاملة الناس العميان
من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع انتهى لكن ان اراد
بتصور الايجاب وقوعه فغير لازم اذ غايته كون التقابل بينهما تقابل العدم
والملكة ويكفي فيهما امكان الرؤية بان يكون من شأنه وذلك يتحقق بالآدمية
وان لم يره دائما فيندفع به النظر (ويسقط بجسه) اى بجس الاعمى (المبيع)
ان كان مما يعرف بالجس كالغنم مثلا (او شمه) ان كان مما يعرف بالشم كالمسك
(او ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق كالعسل (فيما يعرف بذلك) اى بالجس
او بالشم او بالذوق على سبيل البدل لان هذه تفيد العلم كالبصير فيقوم مقام
الرؤية (وبوصف العقار له) اى للاعمى لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى
يسقط خياره بعد ذلك وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان
لو كان بصيرا لرآه وقال الحسن يوكل وكيلا لقبضه له وهو يراه وهو اشبه
بقول الامام وقال بعض ائمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع
الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا
فلا خيار له لان العقد تم ولو اشترى البصير ثم عمي قبل رؤيته انتقل الى الوصف
لوجود العجز قال اعلم هذا كله اذا وجدت المذكورات من الشم والذوق
والجس ونحوها من الاعمى قبل شرائه ولو وجدت بعده ثبت له الخيار
بالمذكورات فيمتد الخيار مالم يوجد منه ما يدل على الرضى من قول او فعل
في الصحيح (ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى) الثوب (الآخر)
فوجده (معيبا فله اخذهما او ردهما) اى رد الثوبين ان شاء لان رؤية
احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره (لا رد
احدهما) اى لا رد المعيب وحده لئلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام على البايع
لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ان قبضه مستورا ولهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل (ومن رأى شيئا)
قاصدا لشرائه عند رؤيته عالما بانه مرئيه وقت الشراء (ثم شراه) بعد
زمان (فوجده متغيرا تخير) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره
(والا) اى وان لم يتغير عن الصفة التي رآها عليها (فلا) يتخير لان العلم
بالمبيع قد حصل بالرؤية السابقة وقد رضي به ما دام على تلك الصفة
وانما قيدنا قاصدا لشرائه عند رؤيته لانه لو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه
فله الخيار لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم يقع معرفة
كما في البحر وانما قيدنا عالما بانه مرئيه وقت الشراء لانه لو لم يعلم عند العقد انه

رآه من قبل فحينئذ ثبت له الخيار لعدم الرضا به كما فى الهداية فعلى هذا ان المص لوقيد بهذين القيدين كما قيدنا لكان اولى تأمل ( وان اختلفا فى تغيره ) فقال المشترى قد تغير وقال البايع لم يتغير ( فالقول للبايع ) مع يمينه وعلى المشترى البينة لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر هذا اذا كانت المدة قريبة اما اذا كانت بعيدة فالقول للمشترى لان الظ شاهد له وفى البحر ولا يصدق فى دعوى التغير الا بحجة الا ان تطول والشهر طويل ومادونه قليل وفى الفتح جعل الشهر قليلا ( وان ) اختلفا ( فى الرؤية ) فقال البايع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى مارأيت اوقال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية ( فللمشترى ) اى فالقول للمشترى مع يمينه لان البايع يدعى امرا عارضا وهو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له وفى البحر لواراد المشترى ان يرده فانكر البايع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذلك فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البايع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه امينا كان اوضمينا كالمودع والغاصب ولو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبايع ( ومن اشترى عدل زطى ) ولم يره وقبضه والعدل المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ( فباع منه ) اى من العدل ( ثوبا اووهب ) لاخر ( وسلم فله ان يرده ) اى للمشترى ان يرد مابقى ( بعيب لابخيار رؤية اوشرط ) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد مابقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وكلامنا فيه فان عاد اليه ذلك الثوب بفسخ وهو على خياره لزوال المانع وهو تفريق الصفقة وعن ابى يوسف لايعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان

(فصل فى خيار العيب )

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه ( مطلق البيع ) الاضافة من قبيل اضافة الصفة الى موصوفها والتقدير البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب ( يقتضى سلامة المبيع ) عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهى وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفا والمطلوب عادة كالمشروط نصا ( فمن وجد فى مشريه ) بفتح الميم وكسر الراء اسم مفعول من الشراء ( عيبا ) كان عند البايع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض اوراه ولكن لم يعلم انه عيب عند التجار فقبضه وعلم بذلك ينظر ان كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالعور لم يكن له ان يرده وان كان يخفى يرد ( رده ) مبتدأ مؤخر خبره قوله فلمن ( اواخذه

اى اخذ المشترى المبيع المعيب ( بكل ثمنه ) لانه مارضى عند العقد الا بوصف السلامة بدلالة الحال فعند فواتها يتخير ( لا امساكه ونقص ثمنه ) اى لا يتخير بين امساكه وبين اخذ نقصان الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان ( الا برضى بايعه ) اى بائع المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه والمراد عيب كان عند البايع وقبضه المشترى من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضاء به بعد العلم بالعيب ( وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب ) العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرض اهله كما فى العناية ( فالاباق ) كالكتاب لغة الاستخفاء وشرعا استخفاء العبد او الجارية عن المولى تمردا ( ولو ) وصلية الى ( مادون السفر من صغير يعقل ) هو يأكل ويشرب وحده ( عيب ) افراره عن العمل لخبث فى طبعه وفيه اشارة الى ان اباق الصغير الذى لا يعقل ولا يميز ليس بعيب لانه ضال لحبه اللعب لا آبق وفى القهستانى وليس باباق لو فر من محلة الى محلة او قرية الى البلد وان العكس فاباق انتهى لكن الاشبه ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا كما فى التبيين ( وكذا السرقة ) واللام للعهد اى سرقة صغير يعقل عيب وان لم يكن عشرة دراهم وقيل دون درهم ليس بعيب وفى غير عاقل لا لانها صادرة بلا فكر ولا فرق بين ان يسرق من مولاه او غيره لكن سرقة المأكول من المولى للاكل ليست بعيب ( والبول فى الفراش ) من صغير يعقل عيب لكونه من داء وفى غير عاقل لا يعد عيبا لظهوره من ضعف المثانة ولعدم التدارك ( وهى ) اى الاباق والسرقة والبول فى الفراش ( فى الكبر عيب آخر ) ثم فرعه بقوله ( فاو ابق او سرق او بال ) فى الفراش ( فى صغره ) عند البايع ( ثم عاوده ) اى عاود كل واحد منها ( عند المشترى فيه ) اى فى الصغر ( رد به ) اى رد المشترى بكل واحد منهما على البايع ان شاء لكونها عيبا قديما لاتحاد السبب وهنا مسئلة عجيبة وهى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش وتعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو رجع بنقصان العيب ثم كبر للبايع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ ( وان ابق ) او سرق او بال عند البايع فى صغر ( ثم عاوده عنده ) اى عند المشترى ( بعد البلوغ لا ) اى لا يرد به لان ما يعاود بعد البلوغ يكون عيبا آخر لاختلاف السبب ( والجنون ) المطبق وقيل اكثر من يوم وليلة

وقيل من ساعة عيب فى الغلام والجارية ( مطلقا ) سواء كان فى حال صغره اوكبره فلوجن فى صغره عند البايع ( وعاوده عند المشترى فيه ) اى فى صغره ( اوفى كبره رد به ) لان الثانى عين الاول اذ معدن العقل هو القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع هذا الشعاع وهو لايختلف باختلاف السن قيل يكفى فى الرد جنونه عند البايع فقط لكن الصحيح انه لم يرد بدون المعاودة وعليه الجمهور ( والبخر ) بفتحتين والخاء المعجمة نتن رائحة الفم وفى البزازية نتن رائحة الانف والذفر بفتحتين والذال المعجمة شدة الريح طيبة اوخبيثة ومرادهم نتن الابط وبالدال المهملة مصدر دفر اذاخبث رائحته وبالسكون اسم منه كما فى الطلبة وغيره ومن الظن ان فى المغرب مرادهم منه حدة الرائحة منتنة اوطيبة فانه قال اراد منه الصنان بضم المهملة وهو نتن الابط على ان عد الرائحة الطيبة من العيوب عيب لايخفى على عاقل كما فى القهستانى ( والزنا والتولد منه ) اى من الزنا كل من هذه الاربعة ( عيب فى الجارية ) لان ذلك يخل بالمقصود منها فالبخر والذفر يخل بالقرب للخدمة والزنا بالاستفراش والتولد من الزنا بطلب الولد ( لافى الغلام ) اى ليس هذه الاشياء عيبا فى العبد لان المطلوب منه الاستخدام من بعد وهذه الاشياء لاتخل به ( الاان يكون ) البخر والذفر ( من داء ) وهو استثناء من مقدر تقديره ان المذكور لايكون عيبا فى الغلام كل الاحوال الاان يكون البخر والذفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى اويكون الزنا عادة له بان تكرر اكثر من مرتين ولا يشترط المعاودة عند المشترى فى الزنا كما فى اكثر الكتب فعلى هذا اوقال بعده اويكون الزنا عادة له لكان اولى (قيل ان البخر عيب فى الامرد وهو الاصح كما فى الخلاصة وفى العمادية لوكان الغلام يلاط به مجانا فهو عيب وبالاجر ليس بعيب وعند الائمة الثلثة ان ماذكر عيب فى العبد ايضا ( والاستحاضة عيب ) لان استمرار الدم علامة الداء ( وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة ) لااقل قيد بسبع عشرة لانه اقصى زمن البلوغ عند الامام وعندهما خمس عشرة سنة لان الحيض هو الاصل فى بنات آدم وهودم صحة فاذالم تحض فالظاهر انه عن دائها ولذا قالوا لاتسمع دعواه بانقطاعه الااذاذكر سببه من داء اوحبل لان ارتفاعه بدونهما لايعد عيبا والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء الى قول طبيبين عدلين ( ويعرف ذلك ) اى المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض ( بقول الامة ) لانه لايعرفه غيرها ولكن لايرد بقولها ( فترد ) الامة ( اذاانضم اليه اى الى قول الامة ( نكول البايع قبل القبض وبعده ) يعنى اذاقالت الامة ذلك وانكره البايع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض اوبعده ترد عليه

بنكوله في ظاهر الرواية ( وهو الصحيح ) وعن ابي يوسف ترد بلا يمين البائع
لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضاء وصحح
الفتح لامقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة
فيه ذكره الثاني واراد في انقطاعه في مدة قصيرة لم تسمع واقلها ثلاثة اشهر
عند الثاني واربعة اشهر وعشر عند الثالث وانقطاعهما من وقت الشراء
وحاصله انه اذا صحح دعواه سئل البائع فان صدقه ردت عليه والا يحلف
عند الامام كما سيأتي وان اقر به وانكر كونه عنده حلف فان نكل ردت عليه
ولا تقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة
على الاستحاضة كما في البحر وغيره ( والكفر عيب فيهما ) اى في الغلام والجارية
لعدم الائتمان على المصالح الدينية وعند الشافعي ليس بعيب ومن اغرب
ماذكره الزيلعي رواية عن الشافعي انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما
يرده حيث يكون الاسلام عيبا ولا يكون الكفر عيبا ( وكذا الشيب ) بالشين
المعجمة عيب وكذا الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لانه في غير
اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الكبر فيصير عيبا على التقديرين وكذا الصهوبة
بضم المهملة حمرة الشعر اذا فحشت بحيث تقرب الى البياض ( والدين )
لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى اطلقه فشمل دين
العبد والجارية وما اذا كان مطالبا به للحال او متأخرا الى ما بعد العتق مأذونا
اومحجورا وليس كذلك بل المراد الدين الذى يطالبه به في الحال بسبب الاذن
لا الدين المؤجل الى العتق ولا المحجور لان دينه لا يطلب الا بعد العتق فلا يكون
عيبا كما في البحر وغيره فعلى هذا لو قيده بهذين القيدين لكان اولى تأمل
( والسعال القديم ) يعرفه الاطباء واما السعال الحادث فليس بعيب لانه يزول
( والشعر والماء في العين ) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية
لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل وكثرة الدمع والغرب
في العين والعشى وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل والعمش والشتر
والحول والحوص وهو نوع من الحول والجرب في العين وغيرها وقد ذكر المص
اولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد
ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيرا للفوائد ففي العيوب المشتركة بين العبد والامة
الشلل والشلم والصمم والخرس والعرج والسن الساقطة والشاغية والسوداء
والخضراء وفي الصفراء خلاف ووجهها والاصبع الزائدة والناقصة والظفر
الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار عجزا والثؤلول والخال ان كانا
قبيحين منقصين والكذب والنميمة وترك الصلاة وغيرها من الذنوب والنكاح

والقمار بالنرد ونحوه والامراض والكي وتشنج في الاعضاء وكثرة الاكل وقيل في الجارية عيب لا في الغلام ولاشك انه لافرق اذا افرط وعدم استمساك البول والحمق وغيرهما ومن المختصة بالعبد العنة والخصي بخلاف ما لو وجد فحلا اذا اشترى على انه خصي والفتق والادرة وعدم الختان اذا كان كبيرا والرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي ان كثر فان قل لا ومحلوق اللحية او منتوفها اذا اشترى امرد والتخنث بالعمل القبيح وشرب الخمر ومن المختصة بالامة الرتق والقرن والعفل والحبل والمغنية وعدة رجعي والولادة عند البائع او قبله وثقب في الاذنين ان واسعا ومحترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة او سوداء وفي البزازية وان اشتراها على انها جميلة ووجدها قبيحة ترد وكل عيب يمكن المشتري من ازالته بلا مشقة لا يرد به كاحرام الجارية ومنها ما في الحيوانات من الحرون والحرن والجمح والفدع والصكك والفحج والمشش والدخس وخلع الرأس والجمام والصدف والشدق والعثر والعزل وقلة الاكل ومص لبنها جميعا وعدم الحلب ان كانت مثلها تشترى للحلب وان للحم لا وما يمنع التضحية في المضحى ومما في غيرها الهشم والحرق والعفونة وكون الحنطة مسوسة وضيق احد الخفين لا كلاهما والنقب الكبير في الجدار وكثرة بيوت النمل في الكرم او كان فيه ممر الغير او مسيل الغير والنز والسبخ وكون الآية ساقطة او الخطاء في المصحف وعدم مسيل في الدار وعدم الشرب في الارض او مرتفعة لا تسقى ونجاسة ما ينقصه الغسل وذكر قاضيخان ان فوات المشروط بمنزلة العيب ( فان ظهر عيب قديم ) اى كائن عند البائع بعد ما حدث ( عند المشتري ) اى عيب آخر ( رجع بالنقصان ) لان تعذر الرد بسبب العيب الحادث وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن ( كثوب شراه فقطعه ) اى الثوب ( فاطلع ) المشتري ( على عيب فليس له الرد ) بل يرجع بالنقصان كما بيناه آنفا ( الا ان يرضى البائع ) استثناء من المسئلتين جميعا ( باخذه كذلك ) اى معيبا او مقطوعا ( فله ) اى للبائع ( ذلك ) اى الاخذ لان الامتناع لحقه فاسقط حقه بالرضاء ( حتى لو باعه المشتري ) بعد ما حدث عيب آخر ( سقط رجوعه ) بالنقصان لانه صار حابساله بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضاء البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالبيع وبعد امتناع الرد لا تأثير له ( فان خاط ) المشتري بعد ما قطع ( الثوب او صبغه احمر ) قيد به لتكون الزيادة في المبيع ثابتة اتفاقا

لانه لو صبغه اسود يكون نقصانا عنده كالقطع وقالا يكون زيادة (اولت السويق
بسمن) اى لوكان المبيع سويقا فخلطه بسمن (ثم ظهر عيبه رجع) على البائع
(بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة وهى
قسمان متولدة من الاصل كالجمال حيث لايمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير متولدة
منه كالصبغ فانه يمنع ومنفصلة وهى ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد
والثمر فانه يمنع الرد اذا حدث بعد القبض واما اذا حدث قبل القبض فلا وغير
متولدة منه فانه لايمنع الرد بالعيب والفسخ واذا فسخ تسلم الزيادة للمشترى
(وليس للبائع ان يأخذه) لحق الشرع وان رضى به المشترى لوجود الربا
(حتى لو باعه) اى المشترى الثوب المخيط او المصبوغ بالحمرة او السويق
الملتوت بالسمن (بعد رؤية عيبه لايسقط الرجوع) لان الرد ممتنع اصلا قبله
فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قالوا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لايرجع بالنقصان بخلاف ما لوكان الولد كبيرا
لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه وهذا
يعنى مافى الفوائد الظهيرية من ان الاصل ان كل موضع يكون المبيع قائما على
ملك المشترى ويمكنه الرد برضى البائع فاخرجه عن ملكه لايرجع بالنقصان
وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولايمكنه الرد وان قبله البائع فاخرجه
عن ملكه يرجع بالنقصان كما فى الخبز (ولو اعتق) المشترى المبيع (بلا مال اودبر
او استولد) قبل العلم بالعيب لانه بعد العلم لايرجع (ثم ظهر العيب رجع)
بنقصان العيب اما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع وهو قول زفر لان امتناع
الرد بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع وهو قول الشافعى واحمد
لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ماخلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت
الملك فيه على خلاف الاصل موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت وهذا
لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ولهذا يثبت
الولاء بالعتق وهو من آثار الملك وبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لانهما وان كانا لايزيلان الملك الا ان المحل بهما يخرج عن ان يكون قابلا للنقل
من ملك الى ملك وقد تعذر الرد مع بقاء الملك فيرجع بالنقصان لانه استحق
المبيع بوصف السلامة وصار كما لو تعيب عنده (وكذا) يرجع بنقصان
العيب (ان ظهر) عيب قديم (بعد موت المشترى) لان الملك ينتهى به
والامتناع حكمى لابفعله (وان اعتق) المبيع (على مال اوقتله لايرجع بشئ)
لانه حبس بدله فى الاعتاق على مال وحبس البدل كحبس المبدل وعن الامام
وهو قول ابى يوسف والشافعى انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار

كالاعتاق مجانا والكتابة كالاعتاق على مال لحصول العوض فيها واما القتل فلانه لايوجد الامضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مضمونا فان كان مضمونا عند السيد فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه يوجب الضمان لامحالة هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكأنه مات حتف انفه ( وكذا ) لايرجع بالنقصان لو اكل الطعام كله او بعضه ) حال كونه في وعاء واحد فان كان في وعائين فاكل مافي احدهما او باع ثم علم بعيب كان بكل ذلك فله رد الباقي بحصته من الثمن كما في الحقايق ( اولبس الثوب فتخرق ) ثم اطلع على عيب ( لايرجع ) بالنقصان عند الامام ( خلافا لهما ) فانه يرجع بالنقصان عندهما وفي المنح ثم قال ابو يوسف يرد مابقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في بعض دون الكل فيتوقف على رضائه وقال محمد يرد الباقي مطلقا لان رده ممكن حيث لايضره التبعيض ورجع بالنقصان فيما اكله لتعذر رده وعند الامام لايرجع بشيء وقد اعتمده صاحب الكنز وغيره قال في النهاية وقالا يرجع استحسانا في الاكل ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق وعنهما يرد مابقي ويرجع بنقصان مااكل وعليه الفتوى وفي البحران الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة وفي المجتبى لو اكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد مابقي عند محمد وبه يفتى وان باع نصفه لايرجع ويرد مابقي عنده وبه يفتى ايضا ولو اشترى طعاما فاطعمه ابنه او امرأته او مكاتبه او ضيفه لايرجع وان اطعم عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا واكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى كما في البحر وفي القنية ولو كان غزلا فنسجه او فيلقا فحله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع ( وان شرى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره ) فيه به لانه لو اطلع قبل كسره فانه يرده ( فوجده فاسدا ) بان كان منتنا او مرا ( فان كان ينتفع به ) في الجملة بان صلح لاكل بعض الناس او الدواب ( رجع بنقصانه ) دفعا للضرر بقدر الامكان ولا يرده لان الكسر عيب حادث الا انه يقبلها البائع مكسورا ويرد الثمن وقال الشافعي يرده ( والا ) اي وان لم ينتفع به اصلا ( فبكل ثمنه ) اي يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ماقيل لان ماليته باعتبار اللب بخلاف بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بالنقصان لان ماليته باعتبار القشر ( ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد والاثنين ) في المائة ( صح البيع ) استحسانا لعدم خلوه عادة

ولاخياره كالتراب في الحنطة الا ان يعده الناس عيبا فله الرد ( والا ) اي وان لم يكن
قليلا بل كثيرا ( فسد ) البيع في الكل ( ورجع بكل ثمنه ) عند الامام لجمعه
في العقد بين ماله قيمة وما لاقيمة له وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه وقيل
يفسد العقد في الكل اجماعا ولو قال المص فوجده معيبا مكان فاسدا لكان
اولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده تدبر وفي القنية اواشترى دقيقا فخبز
بعضه وظهر انه مر رد مابقي ورجع بنقصان ماخبز وفي البحر اشترى عددا من
البطيخ اوالرمان اوالسفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته
من الثمن لاغير ولا يرد الباقي الا ان يبرهن ان الباقي فاسد ولو وجد في المسك
رصاصا اميزه ورده بحصته قل اوكثر ( ومن باع ماشراه ) باخر ( فرد عليه )
اي بايع ماشراه ( بعيب ) اي بسبب عيب ( بقضاء ) بعد قبضه ( باقرار ) وفي
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة كما في الهداية وانما اول بهذا لانه
لولم ينكر الاقرار لايحتاج الى القضاء بل رد عليه باقراره بعيب فاذا رده بلاقضاء
لايرد على بايعه كما في اكثر الشروح لكن لاحاجة الى هذا التاويل لانه لايمكن
ان ينكر اقراره مع انه لايرضى بالرد فيرد بالقضاء ولايكون بيعا لعدم الرضا كما في
التسهيل ( اونكول ) عن اليمين ( او بينة رده على بايعه ) الاول لانه بالقضاء
فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه
صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية ومنهم من جعله قول ابي يوسف
وعند محمد ليس له ان يخاصم بايعه لتناقضه وعامتهم على انه سبق منه جحود
نصا بان قال بعته ومابه هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له
ان يخاصم بايعه ومنهم من حملها على مااذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت
بخلاف الساكت في الرضا لتنزله منزلة منكر كما في البحر ( ولو قبله برضاه
لايرده عليه ) اي على بايعه الاول وقيل في عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة
يرد للتيقن به عند البايع الاول والاصح انه لايرد عليه في الكل كما في الرمز هذا
اذا كان الرد بعد القبض اما قبله فله ان يرده على بايعه الاول وان كان بالتراضي
في غير العقار كما في المنح وغيره ( ومن قبض ماشراه ثم ادعى عيبا لايجبر ) المشتري
( على دفع ثمنه ) الى البايع لاحتمال ان يكون صادقا في دعواه ( بل يبرهن )
المشتري اي يقيم البينة لاثبات العيب بانه وجد بالمبيع عند المشتري لانه ان لم يوجد
عنده ليس له ان يرده وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا برهن انه وجده
عنده يحتاج ان يبرهن ايضا ان هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث
عنده ( او يحلف بايعه ) على دعواهما لانه ان اقر به رده فاذا انكره يحلف
فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب الحال ثم يحلف ثانيا على انه هذا

العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما (فان قال) الظاهر بالواو (شهودى غيب) جمع غائب (دفع) الثمن (ان حلف بايعه) لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه (ولزم العيب ان نكل) البايع لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود وفي عبارة الهداية هنا كلام فليراجع بشروحها (ومن ادعى) اى المشترى (اباق مشريه) اى اباق الرقيق الذى اشتراه فنكر البايع (يبرهن) المشترى (اولا انه) اى الرقيق (ابق عنده) يعنى لاتسمع دعوى المشترى هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده تسمع دعواه بعد ذلك (ثم يحلف بايعه) على البتات مع انه فعل الغير ويقال في كيفية التحليف (بالله لقد باعه وسلمه ومابق قط) وفي المنح هذا هو الاحوط انتهى لكن في هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله ومابق قط شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه اولم يقدر على الرجوع اليه وليس بعيب (او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى) المشترى (او بالله ماابق عندك قط) كما في الكنز لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشترى لانه لا يتناول الاباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب لاالى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب (لا) يحلف بان يقال (بالله لقد باعه وما به هذا العيب) لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وبه يتضرر المشترى (اولقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) اذ يمكن ان يأول البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا فيتضرر المشترى (وفي اباق الكبير) اى اذا كانت الدعوى في اباق الكبير (يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق في الصغر لايوجب الرد وفي الدرر ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها في العلة واليه اشار في الغاية بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلثة (وعند عدم بينة المشترى على اباقه عنده) اى المشترى (يحلف البايع عندهما انه مايعلم انه) اى العبد (ابق عنده) اى المشترى لان الدعوى صحيحة حتى تترتب عليها البينة فكذا اليمين (واختلفوا على قول الامام) فقيل يحلف وقيل لا وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الامن خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب (فان نكل) البايع عن اليمين (على قولهما) ثبت اباقه عند المشترى و (حلف ثانيا) للرد (كما مر) فان بنكوله ثبت العيب عند المشترى هذا في العيوب التى لا تظهر للقاضي ولا يعرف هى حادثة عند المشترى ام لا واما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة والناقصة والعمى

فان القاضي يقضي بالرد ثم تصادقا على انتفائه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع
رضاه واثبته بطل حقه (ولو غاب بائعه بعد التقابض) اي لو قبض المشتري المبيع
والبائع الثمن (بعتك عبدا آخر وقال المشتري) لا (بل) بعت هذا (وجده
فالقول له) اي المشتري مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كما في الوديعة
والغصب (وكذا) يكون القول للمشتري (لو اتفقا في قدر المبيع واختلفا في
المقبوض) لما مر من ان القول للقابض (ولو اشترى عبدين صفقة) اي في عقد
واحد (وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالآخر عيبا ردهما) اي العبدين
جميعا (او اخذهما) جميعا (ولا يرد المعيب وحده) اي ليس للمشتري ان يرده
وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن ابي يوسف له رد المقبوض
خاصة لان الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه والاصح الاول لان تمام الصفقة يتعلق
بقبض المبيع وهو اسم للكل (الا ان ظهر العيب بعد قبضهما) لا يتفرق
بعد التمام فلا يمتنع الرد وحده خلافا لزفر ووضع المسئلة في عبدين لكونه يمكن
الانتفاع باحدهما بدون الآخر ولو لم يمكن كما اذا اشترى خفين ووجد في احدهما عيبا لا يرد
المعيب خاصة اتفاقا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى
ولهذا قالوا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف
احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة (ولو) كان المبيع
كيليا او وزنيا من نوع واحد (ووجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا بعد القبض
رد كله او اخذه) اي اخذ كله بعيبه لانه كالشيء الواحد فليس له ان ياخذ البعض
سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف
العبدين وقوله بعد القبض اتفاقي ولو تركه لكان اولى تدبر (وقيل هذا) اي الخيار
بين رد الكل او اخذه (ان لم يكن في وعائين والا) اي وان كان في وعائين (فهو
كالعبدين) حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) اي
بعض الكيلي او الوزني (بعد القبض ليس له رد ما بقي بخلاف الثوب) قال
صاحب المنح استحق بعض المبيع فان كان استحقاقه قبل القبض خير في الكل
لتفرق الصفقة وان بعد القبض خير في القيمي لا في غيره لان التبعيض في القيمي
كالثوب عيب فخير بخلاف المثلي وقال ظهير الدين اذا استحق نصف الدار شائعا
فالمشتري بالخيار عندنا ان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن وان شاء امسك
ما بقي ورجع على البائع بثمن المستحق وان استحق منها موضع معين ان كان
قبل القبض فهو بالخيار وان بعد القبض فلا خيار له ويرجع بثمن المستحق وقال
الخصاف له ان يرد الكل ويرجع بالثمن وفي شرح الطحاوي اذا اشترى شيئا ثم استحق
بعضه فان كان شيئا لا يمكن تبعيضه الا بضرر كالدار والارض والكرم
والعبد يخير المشتري والا فلا وان قبض المشتري احد العبدين فيما اذا وقع البيع

على شيئين فحكمه حكم ما قبل قبضهما فثبت الخيار للمشتري سواء ورد الاستحقاق على المقبوض اوغيره لتفريق الصفقة قبل التمام (ومداواة) المشتري ( المعيب بعد رؤية العيب وركوبه ) اي ركوب المعيب بعدها وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع واللبس والسكنى ( رضى ) لانه دليل الاستبقاء وفيه اشارة الى ان الاستخدام بعد العلم لايكون رضى استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو الاختبار كما في البحر وفي البزازية ان الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية على الصحيح الا اذا كان في نوع آخر وفي التنوير اشترى جارية لها لبن فارضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له ان يردها كما لو استخدمها وفي الغرر اشترى جارية ولم يتبرأ من عيوبها فوطئها اوقبلها اولمسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا ويرجع بالنقصان الا اذا رضي البائع ( ولو ركبه لرده على البائع اوسقيه اوشراء علفه ولابدله منه فلا ) اي لايكون بهذه الاشياء رضى بالعيب للاحتياج اليه قيل الركوب للرد لايكون رضى كيف ما كان وفي البحر ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده وعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد ولو ركب لينظر الى سيرها فهو رضى وفي الفتح وجد بها عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمل عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور ( ولو قطع ) العبد ( المبيع بعد قبضه ) المشتري ( اوقتل بسبب ) متعلق بقطع وقتل على التنازع ( كان عند البائع رده واخذ ثمنه ) في صورة القطع يعني اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء اوالقبض فقطعت يده عند المشتري له ان يرده واخذ ثمنه عند الامام وكذا اذا قتل بسبب كان عند البائع لكن في القتل لارد بل اخذ الثمن ( وقالا ) لايرده بل ( رجع بفضل مابين كونه سارقا وغير سارق اوقاتلا وغير قاتل ان لم يعلم ) المشتري ( بالعيب عند الشراء والا ) اي وان علم المشتري بالعيب عند الشراء ( فلا ) والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهولاينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب حصل في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق وقوله ان لم يعلم بالعيب يفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضى به ولايفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع كما في البحر وغيره وظاهر كلام المؤلف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لاالعيب حتى لومات بعد القطع حتف انفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق قيد بكون القطع عند المشتري لانه لوقطعت عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به

فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا وبالقطع لانه لو اشترى جارية بها ذات جنب عند المشترى او صداع او زنى عند البائع بذلك عند المشترى فانه يرجع بالنقصان عنده ايضا وكذا لو زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البائع كما في الفتح ( ولو تداولته الايدى ) يعنى لو تعدد وجوب سبب القطع في يد البائع لو تداولته الايدى بالبياعات ( ثم قطع في يد ) المشترى ( الاخير رجع الباعة ) جمع بائع واصله بيعة على وزن نصرة ( بعضهم على بعض ) عند الامام ( كالاستحقاق وعندهما يرجع ) المشترى ( الاخير على بائعه لا ) يرجع ( بائعه ) اى بائع المشترى ( على بائعه ) كما في العيب لان المشترى الاخير لم يصر متعيبا المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم ( ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان ) وصلية ( لم يعدد العيوب ) عندنا لان الجهالة في الابراء لا تفضى الى النزاع وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم وقال الشافعى لا يجوز لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يجوز لان فيه معنى التمليك وهو يؤدى الى تمليك المجهول وبه احمد قال وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها كان ابن ابى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين الامام الاعظم في مجلس ابى جعفر الدوانقى فقال له الامام ارأيت لو باع جارية في موضع الاتى منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يرى المشترى ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به ( ويدخل في البراءة ) عن العيوب العيب ( الحادث قبل القبض عند ابى يوسف ) وذكره مع الامام في المبسوط وفي الخانية انه ظاهر مذهبهما لان المراد لزوم العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث ( خلافا لمحمد ) فانه قال لا يدخل فيه الحادث اذ الحق هو البراءة عن العيب الموجود لا على العموم فلا يدخل المعدوم واجمعوا انه لو ابرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولو قال ابرأتك من كل عيب وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل على قول ابى يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصح ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابى واما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد وفى التنوير ابراء من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه مرض اشترى عبدا فقال لمن ساومه اياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق البيع فوجد به عيبا رده على بائعه

ولايمنعه من الرد عليه اقراره السابق ولوعينه بان قال لم غرور به لا يرده لاحاطة العلم به قال عبدى هذا آبق فاشتره منى فاشتراه وباع من اخر فوجده الثانى آبقا لا يرده بما سبق من الاقرار ما لم يبرهن انه ابق عنده باع عبداً وقال البائع للمشترى برئت اليك من كل عيب به الا الاباق فوجده آبقا فله الرد ولوقال الا اباقه فوجده آبقا لا اشترى لعبد اولامة قال اعتق البائع اودبر اواستولد الامة اوهو حر الاصل وانكر البائع حلف فان حلف قضى على المشترى بما قاله لاقراره بما ذكر ورجع بالعيب ان علم به حتى لوقال باعه وهو ملك فلان وصدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان وجد المشترى بمشريه عيبا واراد الرد فاصطلحا على ان يدفع البائع الدراهم الى المشترى جاز وعلى العكس لا يصح رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل ان كان المبيع مع العيب يساوى الثمن والالا ظهر عيب بمشرى الغائب عند القابض فوضع المبيع عند عدل فاذا هلك هلك على المشترى الا اذا قضى بالرد على بايعه الله اعلم

## ( باب البيع الفاسد )

اخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين لانه معصية يجب رفعها وعونه به وان ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة انواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد قال بعض الفضلاء الفاسد كما يذكر فى مقابلة الباطل كذا يذكر فى مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل وهو المراد ههنا انتهى لكن فيه كلام لانه يلزم منه ان يشمل الصحيح اذا استعمل فى مقابلة الباطل ولاوجه له تدبر واعلم ان البيوع على انواع صحيح وهو المشروع باصله ووصفه وباطل وهو ضده ولا يفيد الملك بوجه وفاسد وهو المشروع باصله دون الوصف ويفيد الملك اذا اتصل به القبض ومكروه وهو المشروع باصله ووصفه لكن جاوره شئ منهى عنه وموقوف وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير ( بيع ما ليس بمال والبيع ) اى بيع الشئ ( به ) اى جعله ثمنا بادخال الباء عليه كان يقول بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا ( باطل كالدم ) المسفوح ( والميتة ) التى ماتت حتف انفها لان المنخنقة وامثالها مال عند اهل الذمة ( والحر ) لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوى كما فى اكثر الكتب لكن الحر مال فى شريعة يعقوب عليه السلام حتى استرق السارق على ما قالوا فلا ينبغى ان يقال انه لم يكن مالا عند احد كما فى القهستانى ( وكذا ) يبطل ( بيع ام الولد والمدبر ) المطلق الا بالقضاء لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا

كما في الاصلاح وفي البحر ونفذ القضاء ببيع ام الولد ... في قضاء ... الرواية
الاظهر عدم النفاذ لكن صحح في الفتح النفاذ بقضاء القاضي في المدبر قيد بالاطلاق
لان بيع المقيد جائز اتفاقا وعند الائمة الثلاثة بيع المدبر جائز مطلقا (وكذا)
يبطل (بيع المكاتب) لانه استحق يدا على نفسه بعقد الكتابة فلا يتمكن المولى
من فسخه وفي بيعه ابطال ذلك الاستحقاق اللازم في حق المولى فلا يجوز
(الا ان يجيزه) المكاتب ففيه روايتان اظهرهما الجواز لان رضاه به متضمن
لفسخه (وكذا) يبطل (بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن) وهو
الدراهم والدنانير حالا او مؤجلا لان المقصود في البيع عين المبيع لانها هي
المنتفع بها لا عين الثمن لانها جعلت وسيلة اليه ولهذا يجوز ثبوته في الذمة
واذا جعلت الخمر مبيعة تكون مقصودة وفيه اعزاز والشرع امر باهانتها
ولهذا بطل بيعها (وكذا) يبطل (بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة)
ماتت حتف انفها (وان) وصلية (بين ثمن كل) عند الامام لان الحر غير
داخل في البيع اصلا لكونه غير مال وبضمه الى القن جعل شرطا لقبول القن
وجعل غير المال شرطا لقبول المبيع مبطل للبيع وكذا الميتة (وعندهما
يصح) البيع (في العبد والذكية ان بين الثمن) لان الصفقة متعددة معنى بتفصيل
الثمن والفساد بقدر المفسد فلا يتعداه كما لو جمع بين اخته واجنبية بالنكاح لكن
النظير ليس بحجة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا كذلك البيع تأمل
(وصح) البيع (في قن ضم الى) مملوك له من (مدبر) مطلق او مقيد
او مكاتب او ام ولد فالمملوك اعم خلافا لزفر (او) ضم (الى قن غيره) اي غير
البائع (بالحصة) اي صح بحصة القن في الصورتين وان لم يبين الحصة لان بيع
المدبر وام الولد جائز بالقضاء وبيع المكاتب برضاه كما بينا فيصير محلا للبيع
فدخلوا ابتداء في العقد ثم خرجوا عنه لاستحقاقهم انفسهم بابطال الحرية
بهم من وجه فصار جمع العبد مع كل منهم بمنزلة بيع عبدين استحق احدهما
وبيع قن الغير يجوز موقوفا فيصير محلا للبيع وفي الحقائق الجمع بين العبد ومعتق
البعض كالجمع بين العبد والحر (وكذا) صح البيع (في ملك ضم الى وقف
في الصحيح) بالنظر الى اصله الذي هو حبس العين على ملك الواقف فيجوز
بيع الملك المضموم اليه بحصته وقيل لا يصح وفي الفرائد هذا في غير المسجد
اما في المسجد فلا يصح في الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن فيه
المساجد والمقابر انتهى وفيه كلام لانه يصح في الملك بصرف الكلام
الى الاستثناء المعنوي وهو الاصح كما في المحيط تدبر (وبيع العرض) اي غير الثمن
(بالخمر او بالعكس) والاولى وبالعكس بالواو اي بيع الخمر بالعرض (فاسد)

في العرض فيملك بالقبض ويجب فيه لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فان الخمر عند البعض مال ولا بطلان الخمر لبطلان البيع في الخمر حتى لو هلكت
عند المشتري لا يضمن لانها غير متقومة عند الشرع (وكذا بيعه) اي بيع العرض
(بالخنزير) فاسد في العرض باطل في الخنزير كما في الخمر ولم يذكر بيع الخنزير
بالعرض وفي التسهيل وغيره فسد لو قوبل خمرا او خنزيرا وشراه بعين سواء
بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا انتهى فعلى هذا لو قال بيع الارض
بالخمر او بالخنزير وبالعكس لكان اخصر واولى تدبر (ولا يجوز بيع طير في الهواء)
ومعناه لم يأخذه صيدا ثم ارسله من يده ثم بيعه وانما قيدنا بذلك لان بيع الطير في الهواء
قبل ان يأخذه باطل كما في البحر هذا اذا كان الطير يطير ولا يرجع اما اذا كان له وكر
عنده يطير منه في الهواء ثم يرجع اليه جاز بيعه والحمام اذا علم عودها وامكن
تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم كما في التبيين وغيره فعلى هذا لو قيده
بقوله لا يرجع لكان اولى تدبر (ولا) يجوز بيع (سمك لم يصد) لانه بيع
ما لا يملكه كما في اكثر الكتب وهذا التعليل يفيد بطلانه لما تقرر من ان بيع
ما لا يملكه باطل لا فاسد لكن محل وقوعه فاسدا ان كان بالعرض لانه مال
متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز كما في المنح وفيه كلام لانه ينبغي ان يبطل
لان السمك الذي لم يصد ليس بمال اصلا والبيع باطل فيه مطلقا كما قال بعض
الفضلاء (او صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة) فانه فاسد للعجز
عن التسليم (او دخل اليها) اي مسوقا الى الحظيرة (بنفسه ولم يسد مدخله)
فانه لا يجوز وفي الزاهدي اذا اجتمعت بنفسها فبيعها باطل كيف ما كان لعدم
الملك (وان صيد والقي فيها) اي في الحظيرة (وامكن اخذه) اي السمك
(بلا حيلة صح) بيعه لكونه مقدور التسليم لكن اذا اسلمه الى المشتري فله خيار
رؤية قيل هذا اذا لم يهيء الحظيرة او لارض الاصطياد اما اذا هيأها له يملكها
بلا خلاف (ولا) يجوز (بيع الحمل والنتاج) وفي الدرر جعل بيع النتاج باطلا
وبيع الحمل فاسدا لان عدم الاول مقطوع به وعدم الثاني مشكوك فيه انتهى
لكن في البحر وغيره والحمل بسكون الميم بمعنى الجنين والنتاج حبل الحبلة والبيع
فيهما باطل لنهيه عليه السلام عن بيعهما تدبر (ولا) يجوز بيع (اللبن
في الضرع) فانه فاسد للغرر لاحتمال كونه انتفاخا ولانه تنازع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره كما في المنح لكن فيه كلام لانه في صورة كونه
انتفاخا يقتضي ان يكون بيعه باطلا لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا تأمل
قال يعقوب باشا وعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع الشيء الملفوف الموصوف لانه
يحتمل ان لا يوجد شيء او صفته المذكور مع انهم صرحوا بجوازه انتهى وفيه

كلام لان عدم وجدان الوصف المذكور لا يقتضى كون الآخر ان لا يكون مالا
والشيء يقتضي المالية والاعتماد ليس على والقياس غير جار بعد (وكذا)
لا يجوز بيع (اللؤلؤ في الصدف) فانه فاسد للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده
ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر وهو الكسر كما في المنح لكن في تعليله كلام
لان المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي ان يكون بيعه باطلا تأمل (والصوف
على ظهر الغنم) لورود النهي عنه ولانه يزيد من الاسفل بغير انقطاع فيختلط
المبيع بغير المبيع وفي شرح الوقاية ويعود صحيحا ان قلع النهي لكن في المعراج
لو سلم الصوف بعد العقد لم يجز ايضا ولا ينقلب صحيحا تأمل (خلافا لابي يوسف
فيهما) فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لتيسر التسليم ولا ضرر بالكسر
لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر ولكن يخير لعدم الرؤية وكذا يجوز بيع
الصوف على ظهر الغنم لقدرة التسليم (ولا) يجوز (بيع اللحم في الشاة)
لاحتمال ان يكون مهزولا او سمينا فيفضي الى النزاع (و) لا يجوز بيع (ضربة
القانص) وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه
الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والباء قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة
الغائص وهو الغواص بان يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك
بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة
ما يخرج وتمامه في البحر فليراجع (و) لا يجوز بيع (جذع) يعني ابتداء
المعين لان غير المعين لا يعود صحيحا كما في الاصلاح (في سقف وذراع من ثوب)
يضره التبعيض كالقميص (وان) وصلية (ذكر قطعه) لانه لا يمكن تسليمه
الا بضرر وقيدنا بالضرر لانه لو كان مما لا يضره التبعيض كالكرباس فيجوز
وقول الطحاوي في آجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز بيع
في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب به واما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما في البحر
(فلو قلع الجذع) المعين (او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا)
لزوال المفسد قبل التقرر بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث
لا يعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يصح وان شقه
واخرج المبيع (ولا) يجوز بيع (المزابنة) ولو فيما دون خمسة اوسق خلافا
للشافعي (وهي بيع الثمر) بالثاء المثلثة (على النخل بتمر) بالتاء المثناة
(مجذوذ) اي مقطوع والمزابنة بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر من الزبن وهو
الدفع كما في البحر (مثل كيله خرصا) اي حزرا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثل
كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ
وانما لم يجز لنهيه عليه السلام عن بيع المزابنة لان الجهالة في المساواة تقتضي

الى الربا وبيع العنب بالزبيب على هذا وفي البحر وفيه كلام لانه فسر المزابنة
بما سمعت من بيع الثمر بالمثلثة على رأس النخل بتمر بالمثناة وهو خلاف التحقيق
لان الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا كان او يابسا او غيره واذا لم يكن رطبا جاز
لاختلاف الجنس والاولى ان يقال بيع الرطب بتمر ( و ) لا يجوز بيع ( المحاقلة
وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصا ) لنهيه عليه السلام عنها ايضا
ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين
على الارض ( ولا ) يجوز ( البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما
سلعة فيلزم البيع اولمسها ) اى السلعة ( المشترى ) وهذا بيع الملامسة
( او وضع ) المشترى ( عليها حجرا ) وهو البيع بالقاء الحجر ( او نبذها )
اى السلعة ( اليه ) اى الى المشترى ( البايع ) وهذا البيع بالمنابذة هذه بيوع
كانت في الجاهلية فنهى عنها وقال صاحب الفرائد لو اخر قوله او وضع عليها
حجرا عن قوله او نبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعله مشوشا ولا بد من نكتة
انتهى والنكتة المناسبة بان اللمس والوضع من قبل المشترى والمنابذة من قبل البايع
ولو اخره للزم الخلط والتفصيل تدبر ( ولا ) يجوز ( بيع ثوب من ثوبين ) لجهالة
المبيع ( الا بشرط ان يأخذ ) المشترى ( ايهما شاء ) فيجوز لاشتراطه خيار التعيين
كما بيناه في موضعه ( ولا ) يجوز ( بيع المراعى ) جمع المرعى ولو افرد كما افرد البعض
لكان اخصر والمراد بالمرعى الكلاء النابت في ارض غير مملوكة او في ارض البايع
بدون تسبب منه قيدنا به لانه لو تسبب في ذلك بان سقى الارض او هيأها للا
نبات جاز له بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير اذنه كان له استرداده
وقيل لا يجوز بيعه لانه ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص وهو قوله عليه
السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار ( ولا اجارتها ) اى لا تجوز
اجارة المراعى التي هي الكلاء لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة
ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا تجوز وهذا
اولى وانما فسرنا المرعى بالكلاء وجعلناه من اطلاق اسم المحل على الحال لان بيع
رقبة الارض واجارتها جائزة بالاجماع كما في الشمنى وفي القهستاني المراعى بكسر
العين جمع المرعى بفتحها وهو الرعى بكسر الراء الكلاء رطبا او يابسا كما في الصحاح
وغيره فن الظن انه من ذكر المحل وارادة الحال تتبع ( ولا ) يجوز بيع ( النحل )
بفتح النون وسكون الحاء المهملة حيوان يحدث منه العسل ( بلا كوارات ) جمع
كوارة بضم الكاف وتشديد الواو وعسل النحل اذا سوى من طين وغيره وهذا
عند الشيخين لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون نفسه
مالا متقوما والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل

بما فيهما من النحل يجوز تبعا له كما ذكره الكرخي كما في الهداية وفي العيني
لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه
لا يجوز بيعه مع العسل والمتبادر من المتن جواز بيع النحل اذا اجتمع مع الكوارات
وان لم يكن فيها عسل مع ان جوازه اذا كان فيها ذلك عند الشيخين
على ما في العيني ذكره القدوري تدبر ( خلافا لمحمد ) فيجوز بيعه وحده بلا كوارة
اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الائمة الثلاثة لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا
( ولا ) يجوز بيع ( دود القز وبيضه ) عند الامام لانه من الهوام ( وعند ابي
يوسف يجوز ) البيع ( في الدود اذا كان مع القز ) يعني اذا ظهر منه القز يجوز
البيع تبعا له ( وفي البيض عنه ) اي عن ابي يوسف ( قولان ) في قول يجوز بيعه
وحده مطلقا لمكان الضرورة وهو مع محمد وفي قول لا يجوز وهو مع الامام ( وعند
محمد ) وهو قول الائمة الثلاثة ( يجوز فيهما مطلقا ) لكونه منتفعا به ( وهو
المختار ) للفتوى وفي البحر لكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد في بيع النحل
ايضا كما في الذخيرة والخلاصة وغيرهما فالاختيار قوله في الدود دون
النحل بلا ترجيح تدبر ( ولا ) يجوز ( بيع الآبق ) لورود النهي ولعجزه
عن التسليم ( الا ممن زعم انه ) اي الآبق ( عنده ) فانه حينئذ يجوز لان المنهي
بيع آبق في حق كليهما وهو غير آبق في حق المشتري ولانه انتفى العجز لكونه
معه وصاحب الدرر صرح بفساد هذا البيع في الدرر وغيره لكن في البحر صرح ببطلانه
لانعدام المحلية ولو باعه ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد وعن هذا قال
( فان عاد قبل الفسخ لا ينقلب صحيحا ) وهو ظاهر الرواية وبه كان يفتي
ابو عبد الله البلخي لكونه وقع باطلا ( وقيل ينقلب صحيحا ) ويتم العقد المذكور
على القول بالفساد وهذا رواية عن الامام لزوال المانع عن التسليم كما اذا ابق
بعد البيع هكذا يروى عن محمد كما في الهداية ورجح في الفتح القول بالفساد
( ولا ) يجوز بيع ( لبن امرأة ) سواء كانت حرة او امة ( ولو ) للوصل ( بعد
الحلب ) لانه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
واما بيع نفس الامة فحلال لاختصاصه بالحي ولا حياة في لبنها وقال الشافعي
يكون اللبن محلا للبيع لكونه مشروبا طاهرا ( وعند ابي يوسف يصح في لبن
الامة ) اعتبارا لبيعها وفي الهداية وغيرها ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن
الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة انتهى فعلى هذا ينبغي
للمص ان يقول وعن ابي يوسف لان قوله عند ابي يوسف يقتضي الظاهر تأمل
وفي التسهيل واختلف المشايخ في حل الامة او شرائها بانها حلال صح عند
البعض لا عند البعض وصحح بان المدة حلول ( ولا ) يجوز بيع ( شعر الخنزير )

لانه محرم فيبطل لنجسه ( ولكن يباح الانتفاع به ) اى بشعر الخنزير ( للخرز ) ونحوه ( للضرورة ) الخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة بعدها زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره فيستعمله الخفاف فى زمانهم وكذا تستعمله النسوان لتسوية الكتان لان غيره لا يعمل عمله وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقيل هذا ان كان منتوفا فالمقطوع يكون طاهرا ( ويفسد ) شعر الخنزير ( الماء القليل عند ابى يوسف ) وهو المختار ( لا ) يفسده ( عند محمد ) لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته لابى يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وحالة وقوعه فى الماء لا تستلزمها ( ولا ) يجوز ( بيع شعر الادمى ولا الانتفاع به ولا بشئ من اجزائه ) لان الادمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شئ من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن وعن محمد انه يجوز الانتفاع به استدلالا بما روى انه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه رضى الله تعالى عنهم وكانوا يتبركون به ولو لم يجز الانتفاع به لما فعل لكن فيه ما فيه تتبع ( ولا ) يجوز ( بيع جلود الميتة قبل الدباغ ) لانها غير منتفع بها وليست بمال لنجاستها فيبطل بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة ( ويجوز ) بيعها ( بعده ) اى بعد الدباغ ( وينتفع به ) اى بالجلد المدبوغ الدال عليه الجلود فلا يرد ما قيل من ان الظاهر ان يكون الضمير مؤنثا وانما ينتفع به لكونه طاهرا بعده ( ويباع عظمها ) اى الميتة ( وينتفع به ) اى بعظمها ( وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها ) لطهارة هذه المذكورات اذ لا حيوة فيها حتى يحل الموت بها القرن من الوبر ولو قدم على الصوف لكان اقرب وكذا لو قدم الشعر على الصوف لكان انسب ( وكذا ) يباع ( عظم الفيل ) عند الشيخين فان الفيل عندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قالوا هذا اذا لم يكن على العظم واشباهه دسومة اما اذا كانت فهو نجس ( خلافا لمحمد ) فانه نجس العين عنده كالخنزير حرمة وصورة والمختار قولهما ( ولا يجوز بيع علو سقط ) اى يبطل بيع موضع العلو بعد سقوطه سواء سقط بيت السفل اولا اذ بعد انهدامه لا يبقى له الا حق التعلى وهو ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه فالبيع لم يصادف محله فيكون لغوا بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفرزا فى رواية وانما قيدنا بعد سقوطه لان البيع قبله يجوز نظرا الى البناء القائم فيه وان سقط العلو بعد البيع قبل التسليم يبطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم ( ولا ) يجوز بيع

(المسيل ولا هبته) لان رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده وموضعه جاز وان اريد بالمسيل التسييل فان كان على السطح كان حق التعلي وقد مر فساده وان كان على الارض كان مجهولا لجهالة محله (وصحا) اى البيع والهبة (في الطريق) لان وجه الطريق معلوم وان لم يبين قدره فيقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة وفي بيع حق المرور روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة لاحتياج اليه وهو حق معلوم متعلق بعين باقية وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده في رواية (ولا) يجوز (بيع شخص على انه امة فاذا هو عبد) وكذا عكسه استحسانا والقياس جوازه وهو قول زفر لان الاختلاف بالذكورة والانوثة اختلاف بالوصف لانهما وصفان في الحيوان واختلاف الوصف يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان لفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالاستفراش والاستيلاد وغيرهما فاختلاف المقاصد صارا جنسين مختلفين (ولو باع كبشا فاذا هو نعجة صح بخير) وجه الصحة لانه لا تفاوت في المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا فيتعلق العقد بالمشار اليه والاصل ان في مختلف الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحد الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلف الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال كما في التبيين (ولا) يجوز (شراء ما باع) البائع او وكيله من صاحبه او غيرها (باقل مما باع) من الثمن (قبل نقد) كل (الثمن) الاول او بعضه وان بقي من ثمنه درهم كما في السراج صورتها باع جارية بالالف حالة او نسيئة فقبضها المشتري ثم اشتراها البائع من المشتري قبل نقد الثمن الاول باقل فالبيع الثاني فاسد عندنا وقال الشافعي يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن

كما اذا باعه من غير البايع اومنه بمثل الثمن الاول او باكثر او ببعض او باقل بعد النقد واعماعنا جوازه استند لالا بقول عايشة الصديقة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ماشريت واشتريت ابلغى زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقى له فضل بلاعوض بخلاف ما اذا باع بعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وانما ترك فاعل الشراء ليشمل شراء من لا تقبل شهادته للبايع كالاصول والفروع ومكاتبه فهو ايضا بمنزلة شراء البايع عند الامام خلافا لهما فى غير العبد والمكاتب وكذا الحكم لو باعه وكالة عن غيره او اشتراه بطريق الوكالة لغيره اذا كان هو البايع ومحل الكلام شراء الكل او البعض وخرج شراء وارث البايع ووكيله عند الامام خلافا لهما واما شراء البايع ممن اشترى من مشتريه او الموهوب له او الموصى له فيجوز اتفاقا وقيد بما باع لان المبيع اذا انتقص وتغير بعيب جاز ولابد من عدم الجواز من اتحاد جنس الثمن فان اختلف جاز مطلقا والدراهم والدنانير جنس واحد هنا (وكذا شراؤه) اى لا يجوز شراء ما باع البايع او وكيله حال كون ما باع (مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح فى الغير بحصته) صورتها باع جارية بخمسمائة وقبضها المشترى ثم اشتراها وجارية اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة فان الشراء فى التى لم يبعها منه صحيح وفى الاخرى وهى التى باعها منه فاسد لانه لابد ان يجعل الثمن بمقابلة التى لم يبعها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة ولا يسرى الفساد لضعفه لانه مجتهد فيه فيقتصر على محله فلا يتعداه كما فى الجمع بين عبد ومدبر (ولا) يجوز (شراء زيت) دهن الزيتون (على ان يزنه بظرفه) اى يشرط وزنه معه (وان يطرح عنه) اى عن الزيت (لكل ظرف مقدار معين) كخمسين رطلا لان هذا شرط لا يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف فاذا طرح مقدار خمسين رطلا مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز (وان شرط طرح مثل وزن الظرف يصح) لانه شرط يقتضيه العقد (وان اختلفا) اى البايع والمشترى (فى الظرف وقدره) فقال المشترى الظرف هذا وهو عشرة ارطال وقال البايع غير هذا وهو خمسة ارطال (فالقول للمشترى) مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الظرف المقبوض كما هو الظاهر وقدر الزيت فالقول له لانه قابض والقول للقابض امينا كان او ضمينا وان اعتبر اختلافا فى قدر الثمن فكذا القول لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان لان اختلافهما فى الثمن

ثبت تبعا لاختلافهما في الرق واختلاف في الرق لا يوجب التخالف لانه ليس
معقودا به ولا معقودا عليه وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف
حكم الاصل ( وامر مسلم ذميا ببيع خمر او شرائها صح ) اي يجوز توكيل
المسلم ذميا ببيع الخمر وبشرائها عند الامام لان الوكيل فيما وكل به متصرف
تصرف الاصل لاهليته لا لنيابته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمنع
بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ( خلافا لهما ) لان عندهما لا يجوز اذ الوكيل
نائب عن موكله فالتصرف فيه كأنه فباشرته كمباشرته وذا لا يجوز فيما نحن
فيه اذ لا ولاية للمسلم في بيعها ولا في شرائها والتوكيل مبني على الولاية فيما وكل
به غيره وعلى هذا الخلاف الخنزير وقد روي عن الامام تكره اشد ما يكون
من الكراهة ثم ان كان خمرا يخللها وان خنزيرا يسيبه ( وكذا ) اي على هذا
الخلاف ( او امر المحرم غيره ببيع صيده ) الذي اصطاده قبل الاحرام يجوز
التوكيل عند الامام خلافا لهما ( ولو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح
ويجبر على اخراجهما من ملكه ) اي من ملك الكافر دفعا للذل من جهة
وقال الشافعي لا يجوز اذلالا من جهة مالكيتها للكافر قيد بالشراء لان الكافر
لو استأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا ولكن يكره ( والبيع بشرط يقتضيه العقد
صحيح كشرط ) كون ( الملك للمشتري ) وشرط تسليم المشتري الثمن وشرط
تسليم البائع المبيع لان مثل هذا الشرط لا يزيد شيئا بل يؤكد موجب العقد
( وكذا ) يصح ( بشرط لا يقتضيه العقد ولا نفع فيه لاحد ) من
المتعاقدين والمبيع المستحق للنفع بان يكون آدميا ( كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة ) اي فانه ليس للدابة منفعة حتى لا تبيعه او تبيعها الى اخر لان هذا
الشرط لا يؤدي الى النزاع ولا يحتمل الربا لعدم النفع فيصح العقد ويبطل
الشرط وهو ظاهر المذهب وعن ابي يوسف انه فاسد لانه شرط فيه منفعة
للعاقدين مع منفعة للمعقود عليها لكن ليست من اهل الاستحقاق وكذا يصح بشرط
ملائم للعقد كشرط ان يرهنه المشتري شيئا معينا او يعطيه كفيلا معينا لان هذا
لا يفسد بل يؤكد وان كانا غير معينين يفسدان للجهالة وكذا يصح بشرط
لا يلائم العقد لورود الشرع على جوازه كالخيار والاجل رخصة وتيسيرا ( ولو
كان البيع ( بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين ) اي البائع والمشتري
( او المبيع يستحق بالنفع ) بان يكون آدميا ( فهو ) اي هذا البيع ( فاسد ) لانه
زيادة عرية عن العوض فيكون ربوا وكل عقد شرط فيه الربو يكون فاسدا
وفي شرح المجمع انما يفسد البيع بشرط اذا ذكره بكلمة على واما اذا ذكره
بحرف الشرط كما اذا قال بعت ان كنت تعطيني كذا فالبيع باطل ( كبيع عبد

على ان يعتقه المشترى او يدبره او يكاتبه او ) كبيع ( امة على ان يستولدها )
المشترى لان هذه شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة للمعقود عليه فيفسد به
( فلو اعتقه ) اى العبد ( المشترى ) بعد ما اشتراه بشرط العتق ( عاد البيع
صحيحا ) استحسانا ( فيلزم ) على المشترى ( الثمن ) عند الامام ( وعندهما
لا يعود ) صحيحا ( فتلزم ) على المشترى ( القيمة ) وهو القياس لان العقد
فسد بالشرط اعتق او لم يعتق فلا يعود صحيحا كما اذا تلف بوجه آخر وهو رواية
عن الامام وجه الاستحسان ان الشرط وان لم يلائم العقد لذاته لكن شرط
العتق من حيث الحكم يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر
الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فيعود صحيحا
وفى الحقايق الخلاف فيما اذا اعتقه المشترى بعد القبض واما قبله فلا يصح
الاعتاق ( وكشرط ان يستخدمه ) اى العبد ( البايع شهرا او يسكنها ) اى الدار
المبيعة ( او لا يسلمه ) اى المبيع ( الى رأس الشهر ) متعلق بيسكنها ولا يسلمه على
طريق التنازع ( او يقرضه المشترى درهما او يهدى له ) المشترى ( هدية )
هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع ( او ) كشرط ( ان يقطع
البايع الثوب ويخيطه قباء او قميصا او يحذو النعل ) يعنى لو اشترى جلدا على
ان يحذوه البايع نعلا للمشترى يقال حذا لى نعلا اى عملها ( او يشركه ) اى النعل
من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذى على ظهر القدم
كذا فى المغرب هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى فيفسد ولانه
ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع
وان لم يكن فى مقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه وقد ورد النهى عن صفقة
فى صفقة ( ويصح فى النعل استحسانا ) للتعامل لان التعامل يرجح على القياس
لكونه اجماعا عمليا والقياس عدم الجواز وهو قول زفر ( ولا يجوز بيع امة
الا حملها ) لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا
القبيل وتمامه فى الهداية ( ولا ) يجوز ( البيع الى النيروز ) وهو اول يوم
من نزول الشمس فى برج الحمل وابتداء ربيع ( والمهرجان ) وهو اول يوم من نزول
الشمس فى الميزان وابتداء خريف ( وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم
العاقدان ) مقدار ( ذلك ) المذكور من النيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود لان النيروز والمهرجان لا يعتبران الا بظن وممارسة بعلم النجوم
فربما يقع الخطاء فيكون مجهولا فيؤدى الى النزاع وكذا صوم النصارى وفطر
اليهود يكونان مجهولان لان النصارى يبتدؤن ويصومون خمسين يوما

فيفطرون فيوم صومهم مجهول واما فطرهم بعد ما شرعوا في صومهم فمعلوم فلا جهالة فيه ولا فساد واليهود يصومون من اول شهر الى تمام شهر ثم في شهر آخر ثم يفطرون فيوم صومهم وفطرهم مجهول لاختلافهم باختلاف عدة شهر هذا اذا لم يعرف العاقدان هذه الآجال وكذا اذا لم يعرف احدهما اما اذا كان ذلك معلوما عندهما فيجوز البيع لعدم النزاع ( ولا يجوز الى الحصاد ) بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع ( والدياس ) بكسر الدال المهملة وقت وطء الدواب الحبلة وغيرها ( والقطاف ) بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم ( والجزاز ) بكسر الجيم وفتحها وقت جز الصوف من ظهور الغنم وقيل جزاز النخل وفي الهداية بالزاي وذكر الزاهدي انه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل ( وقدوم الحاج ) اي وقت مجيء الحاج وانما لم يجز البيع الى هذه المذكورات لعدم تيقن اوقاتها لانها تتقدم وتتأخر ( وتصح الكفالة الى هذه الاوقات ) لكون الجهالة يسيرة لان الكفالة تحتمل الجهالة اليسيرة في اصل الدين اذ تجوز الكفالة بمال غير معين ففي الوصف اولى وفي التأجيل وفي النذر يتحمل الجهالة ولو فاحشة بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهي باطلة لانها متفاحشة ( فان اسقط ) من له الاجل ( الاجل المفسد ) للبيع ( قبل حلوله ) اي قبل مجيء الاجل المفسد وقبل التفرق ( صح ) البيع لزوال المفسد وهو النزاع قبل دخول وقته مع ان الجهالة ليست في صلب العقد بل في شرط زائد فيمكن اسقاطه خلافا لزفر والشافعي اذا انعقد فاسدا بعد فساده لا ينقلب صحيحا اصلا وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب صحيحا اتفاقا كما في شرح المجمع ( وكذا لو باع مطلقا ) عن هذه الآجال ( ثم اجل الى هذه الاوقات فانه يصح ) لان هذا تأجيل الدين لا الثمن فالدين هنا في التحمل بمنزلة الكفالة وفي القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من رستاق وهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر كما في البحر ( ومن باع نصيبه من دار يجوز ) البيع ( ان علم ) اي النصيب منها ( المتعاقدان ) على مقدار نصيبه بشرط عند الامام لان الجهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز ( خلافا لابي يوسف ) فان عنده يجوز مطلقا سواء علما او لا لانهما رضيا بالجهالة فلا تفضي الى المنازعة ( ويكفي علم المشتري عند محمد ) لان جهالة البيع تضره لا البائع فيشترط علمه وكذا شراء الدار بفنائها فاسد عند الامام لجهالة المقدار خلافا لابي يوسف

## ( فصل )

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقيبهما لان حكم الشئ اثره واثر الشئ يتبعه وجودا وكذا يتبعه ذكرا المناسبة ( قبض المشترى المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لا يملكه ) لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال والمبيع الباطل لا يفيد مالا وفى الفرائد ان قوله قبض اوقرئ على لفظ الفعل المبنى للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره ولو قبض ويكون قوله لا يملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشترى ويكون قوله لا يملكه على صيغة مبنى للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجعا الى المشترى وفاعله المستكن فيه راجعا الى القبض انتهى لكن لا يخلو عن التعسف فيه والاولى قوله يملكه جواب الشرط المحذوف بقرينة التقابل وهو قوله ولو قبض المبيع بيعا باطلا اه تدبر ( وهو ) اى المبيع ( امانة فى يده عند البعض ) فلا يضمن لوهلك فى يد المشترى لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك فيكون امانة فى يده ( ومضمون عند البعض ) الاخر لانه ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ( وقيل الاول ) اى كونه امانة ( قول الامام والثانى ) اى كونه مضمونا ( قولهما اخذا ) اى اخذ صاحب القيل كون الاول قوله والثانى قولهما ( من الاختلاف فى بيع مدبر وام ولد فات فى يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافا لهما ) ففهم صاحب القيل ان كل مبيع بيعا باطلا فهو على هذا الخلاف فقال الاول قوله والثانى قولهما ( ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا ) كقبض المشترى المبيع بامره فى المجلس او بعده على الرواية المشهورة ( او دلالة كقبضه فى مجلس عقده ) ولم ينهه البايع عنه قبل الافتراق ( وكل ) اى والحال ان كل واحد ( من ) المبيع والثمن ( عوضيه ) اى البيع ( مال ) خرج بهذا القيد البيع الباطل ولا شك ان الباطل خرج اولا فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا وقال صاحب البحر اللهم الا ان يقال ان بعض البيوع الباطلة اطلقوا عليها اسم الفاسد فربما توهم ان المبيع فيها علك بالقبض فصرح بما يخرجها انتهى لكن هذا يكون جوابا لما وقع فى الكنز ولا يكون جوابا لما فى هذا المتن لان المص بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع فى بيان حكم الفاسد فلا يقال هنا ان المراد بالفاسد ما هو الباطل او اعم بل هو مستدرك تدبر ( ملكه ) اى المقبوض بالبيع الفاسد وقال الشافعى البيع الفاسد لا يفيد الملك بالقبض قيده لانه بدون القبض لا يفيد الملك اتفاقا لان السبب ضعيف لا يفيد الملك الا بتقوية القبض كالهبة وقيد باذن البايع لان القبض لو لم يكن باذنه لا يفيد الملك

اثباتا وانما ذكر الاذن دون القبض لانه لا يشترط في بعض افراده كبيع المكره
كما لا يخفى وللشافعي انه بيع محظور فلا يكون سببا للملك الذي هو نعمة ولنا ان البيع
الفاسد مشروع باصله لانه مبادلة مال بمال فيفيد الملك بهذا الاعتبار ( وتلزمه )
اي المشتري بيعا والاعتراض لا القطع على ملكه كما في القهستاني ( بهلاكه )
اي وقت هلاك المبيع في يد المشتري ( مثله ) اي المبيع ( حقيقة ) اي صورة ومعنى
في ذوات الامثال كالمكيل والموزون ( او ) مثله ( معنى ) اي قيمته ( في القيمي )
كالحيوان والعروض وفيه اشارة الى ان المبيع لو كان موجودا رد عينه والى ان العبرة
للقيمة يوم القبض والى انه ملكه بقيمته ولو ازدادت قيمته في يده فاتلفه لم تجب
كالغصب وعند محمد يوم الاتلاف لانه بالاتلاف يتقرر عليه فتعتبر قيمته
الا اذا زادت من حيث العين لا السعر فانه يوافق الشيخين فالقول في القيمة للمشتري
مع يمينه لكونه منكرا للضمان والبينة للبائع ( ولكل منهما فسخه قبل القبض )
اي لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ قبل قبض المشتري مادام المبيع في ملكه
بلا علم الصاحب على ما قال ابو يوسف واما عندهما فعلمه كما في الفصولين لكن
في الكافي انه شرط عندهم والاول في مكان اللام تأكيد على طلب اعدام الفساد
واجب حقا للشرع كما في القهستاني فعلى هذا قال الزيلعي ان اللام بمعنى على
انتهى لكن لا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية
الفسخ دفعا لتوهم انه ملك بالقبض تأمل ( وبعده ) اي بعد القبض ( مادام )
المبيع ( في ملك المشتري اذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين )
اي ينفرد احدهما بالفسخ اعدا لقوة الفساد ( وان كان ) الفساد ( بشرط زائد
كشرط ان يهدي له هدية ) مثلا ( فكذا ) ينفرد كل بالفسخ ( قبل القبض )
وعلى ما حققناه اندفع ما قيل من ان كلامه يفيد القبض لان حكم ما قبل القبض
مر آنفا فلا وجه لقوله هكذا قبل القبض تدبر ( واما بعده فالفسخ لمن له
الشرط ) بحضرة صاحبه ولا يشترط فيه قضاء القاضي ( لا لمن عليه الشرط )
وهذا عند محمد لان العقد قوي والفساد ضعيف في حق من له منفعة الشرط فيقدر
ان يسقط شرط الهدية فيبقى العقد صحيحا لرفع المفسد واذا فسخ من عليه
المنفعة فقد ابطل حق الغير وعند الشيخين لكل واحد من العاقدين الفسخ حقا
للشرع لا حقا لهما ولا حقا لاحدهما حيث رضيا بالعقد كما في اكثر المعتبرات
فعلى هذا ان ذكر النص في هذه المسئلة في صورة الاتفاق لا يخفى ركاكته بل يلزم
التفصيل تأمل ( ولا يأخذه ) اي المبيع ( البائع ) بعد الفسخ ( حتى يرد ثمنه )
اي ثمن المبيع الى المشتري لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن ( فان مات
البائع ) بعد فسخ البيع ( فالمشتري احق به ) اي بحبس ما اشتراه ( حتى يأخذ

ثمنه ) فليس للورثة ولا للغرماء حبس الثمن حتى يأخذ المبيع ذكر الثمن مقام القيمة لانعدام الفساد بالفسخ ولا يدخل المبيع فى قسمة غرماء البائع لان المشترى مقدم حال حيوته وكذا يقدم بعد وفاته على التجهيز والغرماء فيأخذ المشترى دراهم الثمن بعينها لو قائمة ويأخذ مثلها لو هالكة ولو مات المشترى فالبائع احق من سائر الغرماء (وطاب للبائع ربح ثمنه ) من دراهم المبيع او دنانيره ( بعد التقابض ) اى اشتراك البائع والمشترى فى قبض المبيع والثمن لتملكه ولم يطب قبله لعدم تملكه (لا ) اى لا يطيب ( للمشترى ربح مبيعه فيتصدق ) المشترى ( به ) اى بالربح وجوبا والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فيتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى العقود فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا فى الخبث الذى سببه فساد الملك اما الخبث بعدم الملك كالغصب عند الطرفين يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعى لا يطيب فى الكل كما فى الهداية وغيرها وقال صدر الشريعة فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها المشترى بعينها لانها تتعين بالتعيين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب فهذا يناقض ما قلتم من عدم تعيين الدراهم قلنا يمكن التوفيق بينهما بان لهذا العقد شبهتين شبهة الغصب وشبهة البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا تعتبر شبهة البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله كما ذكرنا من شبهة الشبهة انتهى وفى الدرر ان ما ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد على الهداية فالوجه ما قال فى العناية انه انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح وهى ما مر انها تتعين فى البيع الفاسد انتهى لكن يمكن الدفع بوجه آخر بان المراد فى العقود العقود الصحيحة لان المطلق ينصرف الى الكامل فحينئذ عدم التعيين سواء كان فى المغصوب او ثمن المبيع بالبيع الفاسد انما هو فى العقد الثانى فلا يضر تعينه فى الاول فعلى هذا ينبغى ان يكون جواب صاحب العناية بلا حصر تدبر وفى الفرائد كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة لا يتعين وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين

فى حالة عدمه وتحقق التناقض الا اذا اتحد الجهتان انتهى هذا وجه المكاه
خلاف ما صرحوا به لانهم قالوا ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها
لانها تتعين بالتعين على رواية ابى سليمان وهو الاصح وفى رواية ابى حفص
لا تتعين كما فى العناية وغيرها فبهذا علم ان هذا التوجيه ليس بدافع تدبر ( كما طاب
ربح مال ادعاه فقضى ) اى قضى المدعى عليه ذلك المال ( ثم تصادقا )
اى المدعى والمدعى عليه ( على عدمه ) اى عدم وجوب المال المدعى ( فرد )
المال ( بعد ما ربح فيه المدعى ) لان المال المؤدى يكون بدل الدين الذى هو
حق المدعى باقرار المدعى عليه اذ المرء يؤاخذ باقراره حكما ويصير المدعى ايفاء
دينه مما اخذ فاذا تصادقا على عدم الدين صار المدعى كانه استحق الدين فيلزم
ان يكون الدين ملكا بالبيع الفاسد لان البيع هنا فاسد فى حق البدل وهو غير
قيمة فلا تؤثره الخبث فيما لا يتعين بالتعيين ( فان باع المشترى ما شراه شراء فاسدا
صح ) بيعه لانه بيع ما دخل فى ملكه بالقبض فينفذ فيه تصرفه قيد صاحب
التنوير بيعا تاما صحيحا ولم يأت به لانه لو باعه فاسدا لا يمنع النقض كالبيع الذى
فيه الخيار لانه ليس بلازم ولانه لو باعه من باعه كان نقضا للبيع هذا فى العقد
الذى فساده ليس بالاكراه لانه لو كان فاسدا بالاكراه فان تصرفات المشترى
كلها تنقض وقيد المص بالشراء الفاسد احترازا عن الاجارة الفاسدة لما فى جامع
الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا ان يؤاجره من غيره اجارة صحيحة وقيل
يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائزا وهو الصحيح لان للمؤاجر الاول
نقض الثانية لانها تفسخ بالاعذار ( وكذا لو اعتقه ) اى اعتق المشترى بشراء
فاسد العبد بعد قبضه صح وكان الولاء له وكذا توابع الاعتاق من التدبير
والاستيلاد والكتابة الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب ( او وهبه وسلمه )
اى اذا وهبه المشترى وسلمه ارتفع الفساد وصح ( وسقط ) بكل من البيع
والاعتاق والهبة بالتسليم ( حق الفسخ ) الذى كان للبائع لان المشترى ملك
المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته المذكورة وينقطع به حق البائع فى الاسترداد
لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا
وقد غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى ( وعليه ) اى على المشترى ( قيمته )
لما مر انه مضمون بالقبض والرهن كالبيع لانه لازم فينسب عجزه عن رد العين
فتلزمه القيمة الا انه يعود حق الاسترداد بفكه وكذا لو اوصى بالمبيع المشترى
ثم مات سقط الفسخ ولزمه القيمة ( ولو بنى ) المشترى ( فى دار اشتراها فاسدا
او غرس فيها فعليه قيمتها ) اى قيمة الدار والارض وينقطع حق الاسترداد
عند الامام رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى روايته

( وقالا ينقض ) المشترى ( البناء والغرس ) ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه ( وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام لزوم قيمتها ) اى قيمة الدار ( ولم يشك محمد ) فى روايته له عن الامام لزوم قيمتها وهذه المسئلة من المسائل التى انكر ابو يوسف روايتها عن الامام وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف وفى الفصولين ولو وقفه او جعله مسجدا لا يبطل حقه مالم يبن وفى البحر ينبغى ان يحمل على ماقبل القضاء به واما اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظاهر ان ماقى الفصولين تبعا للعمادى ليس بصحيح فقد قال الخصاف لو اشترى ارضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل اجرها للمساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع انتهى لكن قال قاضيخان لو باع ارضا بيعا فاسدا فجعله المشترى مسجدا لا يبطل حق الفسخ مالم بن فى ظاهر الرواية فان بناه بطل فى قول الامام وغرس الاشجار بمنزلة البناء وكذا لو وقفها لا يبطل حق الفسخ مالم يبن انتهى فعلى هذا ان مافى الفصولين على الرواية الظاهرة وماقاله الخصاف على غيرها وماقاله صاحب البحر من انه ليس بصحيح غير صحيح تدبر قيل لما كان المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه شعبة من شعبه الحق بالفاسد واخره عنه فقال ( وكره النجش ) بفتحتين وبسكون الجيم ايضا ان يزيد الثمن باكثر من ثمن المثل ولا يريد الشراء لترغيب غيره ويجرى فى النكاح وغيره لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لا تناجشوا اى لا تفعلوا ذلك وانما قيدنا باكثر من ثمن المثل لان المشترى اذا طلب باقل من ثمن المثل فلا بأس ان يزيد الآخر فى الثمن الى ان يبلغ ثمن المثل وان لم يرد الشراء ( و ) كره ( السوم ) اى الاستشراء بثمن كثير ( على سوم غيره ) اى استشراء غيره بثمن قليل ( اذا رضيا ) طرف السوم ( بثمن ) معلوم ولم يبق بينهما الا العقد لقوله عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفى فى معنى النهى فيفيد المشروعية قيد بقوله اذا رضيا لانهما اذا لم يتراضيا فلا يكره لانه بيع من يزيد ( و ) كره ( تلقى الجلب ) اى استقبال من فى المصر جلبا بفتحتين او السكون اى مجلوبا من طعام او حيوان او غيره . ( المضر ) صفة

اشاق ( باهل البلد ) للنهي عنه واما اذا لم يضر باهل البلد بان لم يكونوا محتاجين اليه فلا بأس به الا اذا لبس سعر البلد على الواردين فاشترى منهم بارخص منه فانه يكره ( و ) كره ( بيع الحاضر للبادي طمعا في غلاء الثمن زمن القحط ) اي يكره بيع البادي من البدوي في زمان القحط علفه وطعامه طمعا في ثمن متجاوز الحد لقوله عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي والضرر باهل البلد وايضا يكره بيع البلدي لاجل البدوي في البلد كالسمسار فيغالي السعر على الناس ولو تركه وباعه بنفسه للزم الرخصة في السعر ولم يقع اهل البلد في العسر الا ان في البادي اما بمعنى التمليك او بمعنى الاجل فهذا يصور بوجهين قيد بقوله في زمن القحط لانه في الرخص غير مكروه ( والبيع عند اذان الجمعة ) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بواجب السعي اذا قعدا للبيع او وقفا له واطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية ثم المعتبر هو النداء الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار ( لا ) يكره ( بيع من يزيد ) هذا تصريح لما علم ضمنا لانه يفهم من قوله وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن فاذا لم يتراضيا فلا كما مر آنفا ( وصح البيع في الجميع ) اي في جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تمنع الانعقاد ( ومن ملك المملوكين صغيرين او كبيرا ) احدهما ( وصغيرا ) بالآخر الاولى ( احدهما ) مبتدأ خبره ( ذو رحم محرم من الآخر ) والجملة صفة لمملوكين ( كره له ان يفرق بينهما ) فصل المولى بالبيع والهبة ونحوها والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ( بدون حق مستحق ) اي لو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كما في الهداية ( ويصح البيع ) هنا ايضا لان النهي لمعنى في غيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير فلا يوجب الفساد لكن يأثم البائع لارتكابه

النهى ( خلافا لابى يوسف فى قرابة الولاد ) حيث قال يفسد البيع فيها ويجوز فى غيرها ( فى رواية ) عنه ( و ) يفسد ( الجميع فى ) رواية ( اخرى ) وبه قال زفر والائمة الثلثة لان الامر بالادراك والرد لايكون الا فى البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينعقد والنهى لمعنى المجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد ( فان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق ) لان النص ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح فى الصغير فلا يلحق به غيره وفى الجوهرة وكما يكره من التفريق بالبيع يكره فى القسمة فى الميراث والغنائم هذا كله اذا كان المالك مسلما واما اذا كان كافرا فلا يكره

## ( باب الاقالة )

الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان الاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها اياهما وهى لغة الرفع مطلقا من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهى جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه بحاجتهما كما فى العناية وشرعا رفع عقد البيع غير السلم فانه ليس بفسخ ( تصح ) الاقالة ( بلفظين احدهما مستقبل ) هذا بيان ركنهما وهو الايجاب والقبول الدالان عليها وشرط ان يكونا بلفظين ماضيين اواحدهما بمستقبل والاخر بماض كاقلنى فقد اقلتك عند الشيخين كالنكاح ( خلافا لمحمد ) فان عنده يشترط ان يعبر بهما عن المضى كالبيع وفى الخانية ذكر قول محمد قول الامام حيث قال ولا تصح الاقالة بلفظ الامر فى قولهما لكن فى الجوهرة وغيرها فجعلوا قول الامام مع ابى يوسف فلهذا عول عليه المص فى المتن ( وتتوقف ) الاقالة ( على القبول فى المجلس ) فكما يصح قبولها فى مجلسها نصا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل كما فى اكثر الكتب فعلى هذا لو قال واوفعلا كما فى التنوير لكان اولى تدبر ( كالبيع ) حتى لو قبل الاخر بعد زوال المجلس اوبعد ماصدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق فى البيع لاتتم الاقالة ( وهى ) اى الاقالة ( بيع جديد فى حق غير العاقدين اجماعا ) فيجب بالاقالة الاستبراء فى الجارية لوكان المبيع جارية وتقايلا فانه حق الله تعالى لانها بيع جديد فى حق غيرهما وهو الله تعالى ويجب الشفعة فى الدار لكونها بيعا جديدا فى حق غيرهما وهو الشفيع ويجب التقابض لوكان البيع السابق صرفا ولا تسقط الزكوة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد الحول ثم رد بالعيب بغير قضاء فاسترد العروض فهلكت فى يده فانه بيع

( فصل )

ولايتهما عليه ( فان تعذر ) جعلها بيعا وفسخا بان تقايلا في المنقول قبل القبض فيل خلاف جنس الاول ( بطلت ) الاقالة ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لايكون على خلاف الثمن الاول والبيع لايجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لوسكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض وفي النهاية الخلاف فيما اذكر الفسخ بلفظ الاقالة واوذكره بلفظ المفاسخة او المتاركة اوالرد لايجعل بيعا اتفاقا اعمالا بمقتضى موضوعه اللغوي ( و ) الاقالة ( قبل القبض فسخ في النقلي وغيره ) اي في المنقول والعقار عند الطرفين وعند ابي يوسف في العقار بيع جديد اذلامانع في جعلها بيعا فيه وهي تمليك من الجانبين كامر ثم ذكر بعض الفروع بقوله ( فلو شرط فيها ) اي الاقالة ( اكثر من الثمن الاول اوخلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول ) عند الامام لان الاقالة فسخ وهو لايكون الاعلى الثمن الاول فيصير ذلك الشرط فاسدا ولغوا دون الاقالة لما مر ان الاقالة لاتفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقال صاحب المنح وتصح الاقالة بمثل الثمن الاول وتصح بالسكوت عن الثمن الاول ويجب الثمن الاول بلا خلاف الا اذا باع المتولي اوالوصي للوقف اوللصغير شيئا باكثر من قيمته اواشتريا شيئا للوقف وللصغير حيث لاتجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول رعاية لجانب الوقف وحق الصغير ( وعندهما يصح الشرط لوكانت ) الاقالة ( بعد القبض وتجعل ) الاقالة ( بيعا ) جديدا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذا زاد اوشرط خلاف الجنس كان فاسدا البيع ( وان شرط اقل ) من الثمن الاول ( من غير تعيب ) عند المشتري ( لزم ) الثمن ( الاول ايضا ) عند الطرفين ( وعند ابي يوسف تجعل بيعا ويصح الشرط ) لان البيع هو الاصل عنده ( وان تعيب ) المبيع عند المشتري وشرط اقل من الثمن الاول بناء على العيب صح الشرط اتفاقا فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول فيجعل الحط بازاء مافات بالعيب ( ولا تصح ) الاقالة ( بعد ولادة المبيعة ) عند الامام لما مر ان المبيعة اذا زادت زيادة منفصلة تكون الاقالة باطلة عنده اما المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعد القبض فلاتمنع الاقالة عنده ( خلافا لهما ) لان البيع هو الاصل عند ابي يوسف وعند محمد الاصل اذاتعذر جعلها فسخا تجعل بيعا ( ولايمنعها ) اي الاقالة ( هلاك الثمن بل ) يمنعها ( هلاك المبيع ) لانها رفع البيع والاصل فيه المبيع ولهذا اذاهلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف هلاك الثمن ( وهلاك بعضه ) اي بعض المبيع ( يمنع ) الاقالة ( بقدره ) اعتبارا للبعض بالكل وفي التنوير

وان هلك احد البدلين في المقاوضة صحت الاقالة في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك ان قيميا ومثله ان مثليا لانه لا فائق العقد من له المشتري وتجبر عن تسليمه بطل وان اشترى عبدا فقطعت يده واخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه جميع الثمن ولا شيء للبائع من ارش العبد اذا علم وقت الاقالة وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك وتصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اي الاقالة ارتفعت وعاد عقد الاقالة لا اقالة السلم فانه لا يصح

( باب المرابحة والتولية )

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يتفرع منها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وشرعهما (المرابحة بيع ما شراه) وفي الدرر بيع ما ملكه لم يقل بيع المشتري ليتناول ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده حيث جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه شري ( بما شراه به ) اي بمثل ما قام عليه كما في الدرر ثم قال ولم يقل بثمنه الاول لان ما اخذه من المشتري ليس بثمنه الاول ال مثله فبهذا علم ان في عبارة المص تسامحا ( وزيادة ) على ما قام عليه وان لم يكن من جنسه وسبب جواز البيع مرابحة تعامل الناس بلا نكير واحتياج الغبي الى الذكي مع ان المرض من المعاملات الاسترباح ( والتولية ) مصدر ولى غيره اذا جعله واليا وفي الشرع ( بيعه ) اي بيع ما ملكه ( به ) اي بمثل ما قام عليه وفي عبارة المص تسامح ايضا لان ما شراه وهو الثمن الاول صار ملكا للبائع فلا يمكن البيع به وفيه ايضا اشعار للمحشي من ان اجرة الصبغ ونحوه تضم الى الثمن الاول فلا يكون الثاني مثلا له في المقدار فيكون المراد بمثل الثمن الاول بما قام عليه كما في شرح المجمع فعلى هذا لو قال المص كما قال صاحب الدرر لكان اولى فلا يحتاج الى هذا التكلف تدبر ( بلا زيادة ولا نقص ) والمراد بقوله بيع العرض لان المرابحة والتولية لا تجوزان في بيع الصرف والحاصل جواز البيع تولية ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه اشترى بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما اي بعه بالتولية ( والوضيعة بيعه بانقص منه ) اي مما قام عليه ومبناها على الامانة لان المشتري يامن البائع في خبره معتمدا على قوله فيجب على البائع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشتري في غرور ( ولا يصح ذلك ) اي كل من التولية والمرابحة والوضيعة ( ما لم يكن الثمن الاول مثليا ) كالدرهم والدينار والكيلي والوزني لانه لو لم يكن مثليا كان قيميا متفاوتا كالحيوانات والجواهر يكون مرابحة بالقيمة وهي مجهولة لان ... الا ...

بقيمته فلا يجوز بعد من الجة وتولية الا اذا كان المشترى مرابحة ممن يملك ذلك البدل من البائع بسبب من الاسباب ومن ثمه قال ( اوكان فى ملك من بريد الشراء و) يكون ( الربح معلوما ) لانتفاء الجهالة وعبارة المجمع لا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا او مملوكا للمشترى والربح مثلى معلوم انتهى وفى البحر وتقييد الربح بالمثلى اتفاقى لجواز ان يرابح على عين قيمته مشارا اليها ولذا قال فى الفتح او بربح هذا الثوب وقيد بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه ده يازده اى بربح مقدار عشرة دراهم على اثنى عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثانيين كان ثلثة دراهم لا يجوز لانه باعه رأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كما فى الهداية وغيرها ( ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصارة والصبغ ) سواء كان اسود او غيره ( والطراز ) بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاى معجمة علم الثوب ( والفتل ) بفتح الفاء مايصنع باطراف الثياب بحرير او كتان ( والحمل ) اى اجرة حمل المبيع من مكان الى مكان برا او بحرا ( وسوق الغنم والسمسار ) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل فيه ان كل مايزيد فى المبيع او قيمته كالصبغ والحمل يلحق به ومالا فلا وقيد بالاجرة لانه لوفعل شيئا من ذلك بيده لا يضمنه وكذا لو تطوع متطوع بهذه او باعارة وكذا يضم تجصيص الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفى البحر نقلا عن المحيط يضم طعام المبيع الا ماكان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراه واجرة المخزن الذى يوضع فيه واما اجرة السمسار والدلال فقال الزيلعى ان كانت مشروطة فى العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم فى الاول ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع انتهى وهو تسامح فان اجرة الاول تضم فى ظاهر الرواية وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كما فى الفتح ( لكن يقول ) بعد ضم اجرة هذه الاشياء ( قام على بكذا لا ) يقول ( شريته ) بالاجماع تحرزا عن الكذب وكذا اذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا ( ولا يضم نفقته ) اى نفقة نفسه اى البائع ( ولا ) يضم ( اجر الراعى والطبيب والمعلم وبيت الحفظ ) لعدم العرف بالحاقه الا فى التعليم فيشمل تعليم العبد صناعة او قرآنا او شعرا او غناء او عربية وفى المبسوط اضاف فى ضم المنفق فى التعليم الى انه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال كما فى الفتح ولذا لا يلحق اجرة الرابض والبيطار والفداء فى الجناية وجعل الآبق لندرته والحجامة والختان لعدم العرف وكذا لا يضم مهر العبد

ير الامة او زوجها والذي يوجد في الطريق اطراف الخلم الا ان
اذا ولي اجتمع جرت به العادة (فان ظهر للمشتري خيانة) البائع (في المرابحة)
بحجة البينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين وهو المختار وقيل لا يثبت الا باقراره
(خير) المشتري (في اخذه بكل ثمنه) وهو المسمى (او تركه) اي المبيع اذا امكن
الترك (وان) ظهر الخيانة (في التولية حط) اي المشتري (من ثمنه قدر الخيانة)
عند الامام (وهو) اي الحط (القياس في الوضيعة) يعني اذا كان خيانة في
الوضيعة اما اذا كانت خيانة بوجود الوضيعة معها فهو بالخيار وهذا قياس قول
الامام لانه لو اعتبر ما خط من الثمن لما بقي تولية لانه زائد على الثمن الاول فتنقلب
مرابحة بخلاف المرابحة لانه لو اعتبر فيه المسمى لا يلزم الانقلاب بل مرابحة
كما كانت فاعتبر المسمى مع الخيار في خيانة المرابحة لفوت الرضاء ولم يعتبر في خيانة
التولية لئلا ينقلب مرابحة فتعين الحط في خيانة التولية (وعند ابي يوسف
يحط فيهما) اي في المرابحة والتولية (قدر الخيانة مع حصتها) اي حصة
الخيانة (من الربح) في المرابحة مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه
مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة
وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فيأخذ
الثوب باثني عشر درهما اذ الاصل في التولية والمرابحة اصل مبني على العقد الاول
ليتحقق الاصل الذي هو التولية والمرابحة (وعند محمد يخير) بين اخذه بكل
الثمن وتركه (فيهما) اي في المرابحة والتولية اذ الثمن المبني على شرائه مجهول
والثمن المسمى معلوم والمعلوم اولى من المجهول فاعتبر فيهما المسمى الا انه
يخير لما من عدم الرضى (فلو هلك) المبيع بعد ظهور الخيار في المرابحة (قبل
الرد) الى البائع (او امتنع الفسخ) بحدوث مانع الرد (لزم كل الثمن)
المسمى وسقط الخيار (اتفاقا) قال في الهداية يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف
خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه انتهى
وفي الكافي وعن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمنه البدل
بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف انتهى فعلى هذا ان قوله
اتفاقا ليس في محله تدبر (ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه)
هذا الثوب (ثانيا بعشرة رابح على خمسة) يعني يبيعه مرابحة على خمسة
ويقول قام على بخمسة (وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح) يعني اذا استغرق
الربح الثمن لا يبيعه مرابحة اصلا عند الامام (وعندهما رابح على الثمن الاخير
مطلقا) سواء استغرق الربح الثمن كما في الثانية او لا كما في الاولى لان الاخير عقد

يجدد تنقطع الاحكام عن الاول يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشترى من اجنبى ثم باعه الاجنبى من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيه كما فى التبيين وفى البحر نقلا عن المحيط ان ما قاله الامام اوثق وما قالاه ارفق (وان اشترى مأذون مديون بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر) (او بالعكس) بان اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر (برابح) السيد فى الاولى والعبد فى الثانية (على عشرة) فيقول قام على بعشرة لان هذا العقد وان كان صحيحا فى نفسه فيه شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة وبقى الاعتبار للبيع الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين كذلك وخالفا فى عدا العبد والمكاتب وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى فى اكسابه كما فى البحر وفيه كلام لان التقييد ليس باتفاقى بل لتحقق الشرى قال الفقيه ابو الليث فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فهو لمولاه كما فى اكثر الكتب تدبر هذا اذا لم يبين اما ان بين انه اشتراه من عبده المأذون او من مكاتبه او بين انهما اشتريا من المولى يجوز بيعهم مرابحة كما فى النقاية فعلى هذا لو قال الا ان يبين لكان اولى (والمضارب بالنصف لو شرى) بمال المضاربة شيئا (بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر برابح رب المال على اثنى عشر ونصف) فيقول قام على باثنى عشر ونصف هذا عندنا لان كل واحد منهما يستفيد ملك اليد بهذا العقد وان لم يستفد ملك الرقبة فيعتبر العقد مع شبهة العدم لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع الاول من وجه فجعل البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح لان الربح يحصل اذا بيع من الاجنبى اذ البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشترى ماله بماله (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان) اى من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن فتعيب عنده اما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا كما فى البحر (او اعورت المبيعة) بآفة سماوية او بصنع المبيعة (او وطئت وهى)

والحال انها (ثيب) وان نقصها الوطء سواء كان الواطئ مولاها او غيره
ولذا اتى بصيغة المجهول (او اصاب الثوب قرض فار) اي قطع فار (او حرق
نار) لان جميع ما يقابله الثمن قائم اذ لفات وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات
بلا صنعه ولهذا لو فات قبل البائع قبل قبض المشتري لا يسقط باعتباره شيء
من الثمن الا ان المشتري بالخيار ان شاء اخذه بكل الثمن او تركه وكذا منافع المبيع
لا يقابلها الثمن وعند زفر وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف يجب
البيان لاجل النقصان في صورة الاعوار اما في صورة وطء الثيب والاخلاق
فقال ابو الليث وقول زفر اجود وبه نأخذ ورجحه في الفتح وعن احمد انه ان نقصه
قدر الاتقاء ان ما يتسامح فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان وقال كلامه الذي وقضى يشير
الى ان السعر باعتبار الله لا يجب عليه ان يبين بالاولى انه اشتراه في حال غلائه وكذا
لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ كما في البحر (وان فقئت عينها) بمباشرة
الغير سواء فقأها المولى او الاجنبي بامر المولى او بدونه (او وطئت وهي بكر)
سواء كان الواطئ مولاها او غيره (او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم
البيان) اي بيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب حيث احتبس عنده جزء من
المبيع وهو العذرة والعين لان ازالة العذرة واخراج العين عنده كونها في ملكه
فلا يملك بيع الباقي بكل الثمن مرابحة وتولية لان الاوصاف اذا صارت مقصودة
بالاتلاف صار لها حصة من الثمن فلا يحل الا اذا فقأها الاجنبي فيجب
البيان اخذ ارشها او لا لانه لما فقأها الاجنبي اوجبت عليه ضمان الارش ووجوب
ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه فما وقع في الهداية من التقييد
بقوله واخذ المشتري ارشه اتفاقي كما في الفتح وانما قلنا بمباشرة الغير لانه اذا فقأها
بدون فعل احد فهو بمنزلة ما لو ذهبت بآفة سماوية (وان اشترى بنسيئة ورابح
بلا بيان خير المشتري) اي من اشترى ثوبا بعشرة نسيئة وباعه بربح واحد حالا
ولم يبين ذلك فعلم المشتري خيانته يصير مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله لان
للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة احتياطا فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
(فان اتلفه) اي المشتري المبيع (ثم علم لزم بكل الثمن) المسمى اذ ليس له الولاية
الرد ولا رد مع الاتلاف ولو عبر بالتلف لكان اولى لان حكم الاتلاف يعلم من حكم
التلف بالاولى بخلاف العكس كما في البحر (وكذا التولية) يعني لو اشترى بنسيئة
وولاه بلا بيان ثم علم المشتري الخيانة خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة
لانه بناء على الثمن الاول كما في الهداية وغيره لكن ينبغي ان يعود قوله وكذا التولية
الى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية ايضا كما في البحر

( ولو اشترى ثوبين بصفقة كلا بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بلا بيان ) اي من غير بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب آخر لان الجيد قد يضم الى الردى لترويجه وهذا عند الامام ( وقالا لا يكره ) قيد بثوبين لان المشترى لو كان مما يكال او يوزن او يعد يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله بصفقة لانه لو كانا بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا وقيد بكلا بخمسة اذ لو بين ثمن كل واحد منهما لا يكره اتفاقا وقيد بخمسة لانه لو باعه بالزائد لا يجوز اتفاقا وقيد المرابحة ليس للاحتراز عن التولية لانها في الحكم كذلك بل لانه لو باعه مطلقا لا يكره اتفاقا ( ومن ولى ) اي باع شيئا بالتولية ( بما قام عليه ) او بما اشتراه ( ولم يعلم مشتريه قدره ) بكم قام عليه في المجلس ( فسد ) البيع لجهالة الثمن وكذا المرابحة ( وان علمه ) اي علم المشترى قدره في المجلس ( خير ) بين اخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس فان علم بعد التفرق يتقرر الفساد وفي التنوير لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية و يفتى بالرد ان غره والالا وتصرفه في بعض المبيع غير مانع منه

## ( فصل )

في بيان البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك ووجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في بابها الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد ( لا يصح بيع المنقول قبل قبضه ) لنهيه عليه السلام عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك بخلاف هبته والتصدق به واقراضه قبل القبض من غير البائع فانه صحيح عند محمد على الاصح خلافا لابي يوسف واما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كما في التبيين ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف واما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز بدليل صحة تزويج الابق واما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا واطلاق البيع شامل للاجارة والصلح لانه بيع وقيد بالمنقول لانه لو كان مهرا او ميراثا او بدل الخلع او العتق عن مال او بدل الصلح عن دم العمد يجوز بيعه قبل القبض بالاتفاق والاصل ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز كما في البحر ( ويصح في العقار ) اي يصح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه عند الشيخين ( خلافا لمحمد ) وهو قول زفر والشافعي عملا باطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك

بالمختار نادر حتى اذا تصور هلاكه قبل القبض لا يجوز بيعه وان كان على شط البحر او كان المبيع علوا فعلى هذا لو قيد بلا يخشى هلاكه قبل القبض كما قيدنا لكان اولى تدبر بخلاف المنقول والمراد المنهي عنه هنا افساد العقد والحديث معلول به فلا بد لاثبات الجواز واعلم بالصحة دون النفاذ واللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن او رضاء البائع والا فللبائع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما في البحر (ومن اشترى كيليا كيلا) اى بشرط الكيل (لا يجوز له) اى للمشتري (بيعه ولا اكله حتى يكيله) ثانيا لقوله عليه السلام اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل ولاحتمال الغلط في الكيل الاول اذ ربما ينقص او يزيد فالزيادة للبائع ومضمون التصرف في مال الغير حرام فيجب الاحتراز لكونه ربوا بخلاف ما اذا اشترى مجازفة لان الكل له ولم يذكر فساد البيع ونص في الجامع الصغير على فساده وفي الفتح نقلا عن الجامع الصغير او اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكله حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه آثم لتركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها واكلها وقد تقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما (وكفى كيل البائع بعد العقد بحضرته) اى بحضرة المشتري لان المبيع صار معلوما به وتحقق التسليم (وهو الصحيح) رد لما قيل شرط كيلان كيل البائع بعد العقد بحضرة المشتري وكيل المشتري لحل التصرف فيه قيد بعد العقد وبحضرة المشتري لانه اذا كاله قبل العقد مطلقا او بعده في غيبة المشتري لا يكون كافيا كما في البحر (ومثله) اى مثل الكيلي (الوزني والعددي) غير الدراهم والدنانير اي لا يبيعه ولا يأكله حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفي ان وزنه او عده بعد البيع بحضرة المشتري وفي المجتبى لو اشترى المعدود عدا كالوزني لحرمة الزيادة عليه هذا عند الامام في ظاهر الرواية وعندهما انه كالمذروع وهو قولهما لانه ليس من الربويات فعلى هذا لزم الاصل التفصيل تدبر وانما قيد بغير الدراهم والدنانير لانهما يجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كما في الايضاح هذا كله في غير بيع التعاطي اما هو فلا يحتاج الى وزن المشتري ثانيا وان صار بيعا بالقبض بعد الوزن وفي الخلاصة وعليه الفتوى (لا المذروع) اى لا يحرم ما يجوز بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض لان الزيادة له اذ الذراع وصف في الثوب واحتمال النقص انما يوجب خياره وقد استقصاه بخلاف القدر وفي العيني هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع (وصح التصرف في الثمن) بيع وهبة

واجارة ووصية وتمليك ممن عليه بعوض وغير عوض (قبل قبضه) سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من حنطة جاز ان يأخذ به له شيئا آخر لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اى فى النقود بخلاف المبيع كما فى العناية وغيرها لكن المدعى عام وهو التصرف فى الثمن قبل القبض جائز مطلقا سواء كان مما لا يتعين او مما يتعين كما مر والدليل وهو انتفاء غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين فيكون الدليل اخص من المدعى تدبر (والحط منه) اى صح حط البائع بعض الثمن ولو بعد هلاك المبيع لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال ويلحق باصل العقد استنادا وفيه اشارة الى ان حط كل الثمن غير ملحق بالعقد اتفاقا (و) صح (الزيادة فيه) اى فى الثمن (حال قيام المبيع) ان قبل البائع فى المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت الزيادة كما فى الهداية وغيرها فعلى هذا لو قيد به لكان اولى لانه مما لا بد منه (لا بعد هلاكه) اى المبيع فى ظاهر الرواية اذ لو هلك المبيع او تغير بتصرف المشترى فيه حتى خرج عن اطلاق اسمه عليه كبر طحن او خرج عن ملكه المبيع كعبد دبر لا تجوز الزيادة اذ ثبوتها ملحوظ فى مقابلة الثمن وهو غير باق على حاله فلم يتصور التقابل فيه (وكذا) صح (الزيادة فى المبيع) او لزم البائع دفعها ان قبل المشترى ذلك لانه تصرف فى حقه وملكه ويلتحق بالعقد فيصير حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شىء بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد فى الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشترى عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة فى الثمن كما فى البحر وقال يعقوب باشا وههنا كلام وهو ان الظاهر من الكافى ان الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت فى الثمن او فى المبيع تصح فى رواية ولا تصح فى ظاهر الرواية لان الزيادة تغير العقد من وصف الى وصف فتستدعى قيام العقد وقيامه بقيام المبيع وذكر فى بعض شروح الجامع الصغير ان الزيادة فى المبيع او الثمن انما تجوز اذا كان المبيع قائما ولا تجوز لو كان المبيع هالكا فبين هذا وبين ما ذكر منافاة فليتأمل فى التوفيق (ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك) اى استحقاق البائع والمشترى بكل الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وقال صدر الشريعة ويمكن ان يراد انه اذا استحق مستحق المبيع

او الثمن فالاستحقاق يتعلق بجميع مايقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي انتهى واعترض عليه صاحب الدرر بانه لايمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق تجرد المزيد عليه واثبته اخذه وان ادعاه مع الزيادة واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط ثم ان حكم الاستحقاق يظهر في التولية والمرابحة فليتأمل (فابرابح ويولى) هذا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد (على الكل ان زيد وعلى مابقى ان حط) لان كلا من الزيادة والنقصان ملتحق باصل العقد فتعتبر المرابحة والتولية بالنسبة اليه (والشفيع يأخذ بالاقل في الصورتين) اى فصل الزيادة على الثمن وفصل الحط عنه وان كان مقتضى الالحاق بالاصل ان يأخذ بالكل في صورة الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ابطاله (ومن قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن بكذا) اى مائة مثلا (من الثمن سوى الالف اخذ) اى مولى العبد (الالف من زيد والزيادة منه) اى من الضامن لان الزيادة المشروطة جعلت من الاصل المقابل للمبيع فكانه التزم بعض ماورد عليه العقد من الثمن فيؤخذ منه (وان لم يقل من الثمن) والمسئلة بحالها (فالالف على زيد) لانه ثمن العبد (ولاشئ عليه) من الثمن على القائل لانه لم يزد مانقبل فكيف لاشئ عليه وعبارته صريحة بالضمان قلنا معنى الكلام على انه قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن سوى الالف فالضمان اذن غير متعلق بالثمن فلاشئ عليه من الثمن هذه المسئلة من تفاريع زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة جوازها من الاجنبي ايضا ولهذا ذكرها المص في هذا الباب ولغيره اصاب ولم يذكر صاحب الهداية بل اوردها بعد السلم (وكل دين اجل باجل معلوم صح تأجيله) وان كان حالا في الاصل لان المطالبة حقه فله ان يؤخره سواء كان ثمن مبيع اوغيره تيسيرا على من له عليه الاترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولابد من قبوله عمن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا ويصح تعليق التأجيل بالشرائط كما في البحر (الا القرض) استثناء من قوله وصح تأجيله اى فلا يصح تأجيله لكونه اعارة وصلة في الابتداء ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذلاجبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وفي الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله وفصل صاحب التنوير مسئلة القرض لكثرة الاحتياج اليها في المعاملات فقال القرض هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لرد مثله وصح في مثلى لافي غيره فصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا مايكال

او يوزن او يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض ولحم استقرض طعاما بالعراق فاخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقترضه عند ابى يوسف وعند محمد يوم اختصما وليس عليه ان يرجع الى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد فيه الطعام رخيص فلقيه المقرض فى بلد فيه الطعام غال فاخذه الطالب بحقه فليس له ان يحبس المطلوب ويؤمر المطلوب بان يوثق به حتى يعطيه طعامه فى البلد الذى استقرض فيه استقرض شيئا من الفواكه كيلا اووزنا فلم يقبضه حتى انقطع فانه يجبر صاحب القرض على تأخيره الى مجئ الحديث الا ان يتراضيا على القيمة ويملك المستقرض القرض بنفس القبض عند الشيخين خلافا لابى يوسف اقرض صبيا فاستهلكه الصبى لا يضمنه وكذا المعتوه ولو عبدا محجورا لا يؤاخذ به قبل العتق وهو كالوديعة استقرض من آخر دراهم فاتاه المقرض فقال المستقرض القها فى الماء فالقاها لا شئ على المستقرض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط والفاسد فيها لا يبطله ولكنه يلغو شرطه رد شئ آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على ان يؤدى صحيحا كان باطلا وعليه مثل ما قبض ( الا فى الوصية ) فهو استثناء من المستثنى يعنى اذا اوصى ان يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضى المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصى الا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم (ولا يصح التأجيل الى اجل مجهول متفاحش ) الجهالة ( كهبوب الريح ) ونزول المطر مثلا ( ويصح فى المتقارب كالحصاد ونحوه ) كما جاز ذلك فى الكفالة

## ( باب الربا )

وجه مناسبته للمرابحة ان فى كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق تلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء والقصر اسم من الربو بالفتح والسكون فلامه واو ولذا قيل فى النسبة ربوى وفتحها خطاء وفى المصباح الربوا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع وانما المراد فضل مخصوص ولذا عرفه شرعا بقوله ( هو فضل مال ) اى فضل احد المتجانسين على الآخر بالمعيار الشرعى اى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لا يكون ربوا ( خال ) ذلك الفضل ( عن عوض ) قيد به ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض بصرف الجنس الى خلاف جنسه بان يباع كر بر بكرى شعير وكر شعير بكرى بر

( شرط ) جملة فعلية صفة لفضل مال اي شرط ذلك الفضل ( لاحد العاقدين ) اي البايعين او المقرضين او الراهنين للاحتراز عما اذا شرط لغيرهما وفي الاصلاح في احد الدائنين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع او للمشتري انتهى لكن عقد الوكيل عقد للموكل وعقد الفضولي يتوقف على قول المالك فيصير العاقد حقيقة الموكل او المالك ولا حاجة الى التبديل تدبر ( في معاوضة مال بمال ) قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ويدخل فيه ما اذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس واكل الثمر فان الكل ربوا حرام كما في القهستاني ( وعلته ) اي وجوب المماثلة التي يلزم عند فواتها الربوا وفي اصطلاح الاصول العلة ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوته والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة ( القدر ) لغة كون شيء مساويا لغيره بلا زيادة ولا نقصان وشرعا التساوي في المعيار الشرعي الموجب للمماثلة الصورية وهو الكيل والوزن ( والجنس ) اي مع اتحاد الجنس في العوضين فالعلة مجموع الوصفين عندنا لان الاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة اي بيعوا مثلا بمثل اوبيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل حمره والكلام الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة كما في قوله تعالى فرهان مقبوضة حيث صرف الايجاب الى القبض وصار شرطا للرهن والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة كما يدل والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل الذي هو الربوا ولا يعتبر الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء ( فحرم ) تفريع على كون العلة القدر والجنس ( بيع الكيلي والوزني بجنسه ) كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب مثلا ( متفاضلا ) لوجود الربوا في ذلك ( اونسيئة ) اي باجل لان في ذلك شبهة الفضل لان النقد خير ( ولو ) وصلية ( غير مطعوم ) خلافا للشافعي فان علة الربوا عنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية ( كالجص ) من المكيلات ( والحديد ) من الموزونات والطعم غير معتبر عندنا ( وحل ) بيع ذلك ( متماثلا بعد التقابض او متفاضلا غير معين كحفنة بحفنتين ) لانتفاء جريان الكيل وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير للشرع

يساويه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع اواكثر والآخر لم يبلغه فلا يجوز كما في العناية ( وبيضة ببيضتين وتمرة بتمرتين ) وحاصله ان مالا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين واما لكونه عدديا لايباع بالمعيار الشرعي كالبيضة والبيضتين والجوزة والجوزتين يحل البيع متفاضلا لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقي على الاصل وهو الحل عندنا خلافا للشافعي لوجود علة الحرمة وهي الطعم مع عدم المخلص وهو المساواة فيحرم لان الاصل عنده الحرمة ( فان وجد الوصفان ) اي الكيل اوالوزن مع الجنس ( حرم الفضل ) كقفيز بر بقفيزين منه ( و ) حرم ( النساء ) ولو مع التساوي كقفيز بقفيزين نقد احدهما اوكلاهما نسيئة لوجود العلة (وان عدما) اي كل منهما (حلا) اي الفضل والنساء لعدم العلة الموجبة المحرمة اذ الاصل الجواز والحرمة بعارض فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة (وان وجد احدهما فقط حل التفاضل) كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزي شعير يدا بيد حل الفضل فان احد جزئي العلة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الآخر وهو الجنسية وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروي بستة اذرع منه يدا بيد حل ايضا لان الجنسية موجودة دون القدر ( لا النساء ) اي لايحل النساء في هاتين الصورتين ولو بالتساوي وذلك لان جزء العلة وان كان لايوجب الحكم لكنه يورث الشبهة في الربوا والشبهة في باب الربوا ملحقة بالحقيقة لكنها ادون من الحقيقة فلا بد من اعتبار الطرفين ففي النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا ان الشبهة ادون من الحقيقة على ان الخبر المشهور وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد يؤيد ماقلنا وعند الشافعي ان الجنس بانفراده لايحرم النساء كما في شرح الوقاية ثم فرعه بقوله ( فلا يصح سلم هروي في هروي ) لوجود الجنس والنساء في المسلم فيه (ولا) سلم ( بر في شعير) لوجود القدر مع النساء (وشرط التعيين والتقابض) في المجلس (في الصرف) لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه خذ يدا بيد والمراد به القبض كني بها عنه لانها آلته (و) شرط ( التعيين فقط في غيره ) في غير عقد الصرف من الربويات ولايشترط التقابض في بيع الطعام بمثله عينا حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز عندنا خلافا للشافعي وانما قلنا بمثله اذ التفاضل لايجوز اتفاقا وانما قلنا عينا اذ لو لم يكن معينا لايجوز اتفاقا اما عندنا فلعدم العينية

واما عنده فلعدم القبض بالتساوي قوله عليه السلام الطعام بالطعام يدا بيد ولانه
اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فيوجد في القبض الاول مزية فيتحقق
شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة
المطلوبة انما هو التمكن في التصرف فيترتب ذلك على التعيين بخلاف
الصرف لان القبض فيه للتعيين ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين
كما رواه عبادة بن الصامت كذا وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في مال عرفا
بخلاف النقد والاجل (وما نص) على صيغة المجهول (على تحريم الربا فيه
كيلا فهو كيلي ابدا كالبر والشعير والتمر والملح و) ان نص (على تحريمه)
اي تحريم الربا فيه (وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة وان) وصلية
(تعورف خلافه) لان النص اقطع واقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
(وما لا نص فيه) اي في كونه كيليا او وزنيا (حمل على العرف كغير الستة المذكورة)
من الاموال العضة لان الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام ما رآه
المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقال الشافعي هو محمول على عادة اهل
الحجاز في عهد رسول الله عليه السلام قلنا ذلك في نصاب الزكاة والكفارات
لان الامة اجمعت على خلاف ذلك في البياعات وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العرف وقد تبدل
فيتبدل حكمه وقال المولى سعدي استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا
على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي ان يكون مبنيا على هذه الرواية ثم فرع
بقوله (فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا) لان البر كيلي شرعا لا وزني (ولا)
يجوز بيع (الذهب بالذهب متماثلا كيلا) لان الذهب وزني لا كيلي وان تعارفوا
ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه (وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين)
عند الشيخين (خلافا لمحمد) بيع الفلس بجنسه متفاضلا يحتمل وجوها الاول
ان يكون كلاهما في البيع معينا الثاني ان يكون المبيع معينا والثمن غير معين الثالث
عكس الثاني الرابع ان يكون كل منهما غير معين والكل فاسد سوى الوجه
الاول له ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت
اثمانا لا تتعين فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما وتبطل باصطلاحهما واذا بطلت تتعين
بالتعيين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة (وجاز بيع الكرباس بالقطن)
وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا
او قطنا والكرباس الثياب من القطن والجمع كرابيس كالرباع القطن بمثله
فانه يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال ابو يوسف

لايجوز الامتساويا وقول محمد اظهر وفي المساوى وهو الاصح ولو باع قطنا غير محلوج بمحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الآخر والا لايجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن (و) يجوز ( بيع اللحم بالحيوان ) عند الشيخين ( وعند محمد ) وهو قول الشافعي ( لايجوز بيعه ) اى بيع اللحم ( بحيوان جنسه حتى يكون اللحم اكثر مما في الحيوان ) ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من اللحم بمقابلة السقط كالجلد والكرش والامعاء والطحال لانهما جنس واحد ولهذا لايجوز بيع احدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون وهو القياس ولهما ان الحيوان ليس لحمه بمال ولاينتفع به انتفاع اللحم وماليته معلقة بالذكوة فيكون جنسا آخر بخلاف الزيت والزيتون وهو الاستحسان قيد باللحم لانه لو باع احد الشاتين المذبوحتين الغير المسلوختين بالاخرى جاز اتفاقا بان يجعل لحم كل منهما بجلد الآخر ولو كانتا مسلوختين يجوز اذا تساويا وزنا ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز اتفاقا موضع الخلاف في بيع اللحم من جنس ذلك الحيوان ( ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا ) لامتفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولايعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لايجوز خلافا للشافعي لعدم الاعتدال في دخوله الكيل لانه منكبس وممتلئ جدا وقوله كيلا احتراز عن الوزن لان فيه روايتين وعن الجزاف واشارة الى نفي قول الشافعي ( لا ) يجوز بيع الدقيق ( بالسويق ) اى اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية ( اصلا ) اى لامتفاضلا ولامتساويا عند الامام لانه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة وكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة وبيع المقلية والسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم ( خلافا لهما ) اى قالا يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما ( ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا ) خلافا للشافعي ( وكذا ) يجوز ( بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا ) عند الامام لان الرطب والتمر متجانسان بالذات لابالصفات فيدخل تحت قوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يتجانس على زعم المخالف يجوز ايضا لدخوله تحت قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد ( خلافا لهما ) لانتقاص الرطب بالجفاف وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف ( وكذا ) يجوز ( بيع البر رطبا ) بفتح الراء وسكون الطاء ( او مبلولا بمثله او باليابس ) (و) بيع ( التمر ) والزبيب منقعين بمثلهما ( متساويا ) حال من الجميع يعنى

يجوز بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا عند الشيخين لان حال البيع معتبر وقت العقد فيعتبر التساوى فيه اختلفت الصفة اولم تختلف (خلافا لمحمد) فى جميع ذلك لانه اعتبر التساوى فى الحال والمآل وترك ابو يوسف الاصل الذى هو تحقق التساوى حال العقد فى بيع الرطب بالتمر وكان مع محمد لحديث النبى عليه السلام انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال النبى عليه السلام او ينقص اذا جف فقيل نعم قال لا فبقى الباقى على القياس ( ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا ) نقدا ( وكذا اللبن ) وعن الشافعى انهما جنس واحد لاتحاد المقصود فلا يجوز الامتساويا ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض فى الزكوة وكذا اجزاؤها وقيد بالنقد لان بيعه نسيئة غير جائز بالاتفاق ( والجاموس مع البقر جنس واحد وكذا المعز مع الضأن والبخت مع العراب ) فلا يجوز بيع لحم البقر بالجاموس متفاضلا لاتحاد الجنس بدليل الضم فى الزكوة للتكميل وكذا اجزاؤهما مالم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن فانهما جنسان فان قلت لم جاز لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا مع انه جنس واحد ولم يتبدل بالصفة قلنا انما جاز لانه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة لان المفاضلة ان الاختلاف باختلاف الاصل اوالملق او بتبدل الصفة وفى الفتح ينبغى ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن فى عادة اهل مصر بعظمه ( ويجوز ) بيع ( خل العنب بخل الدقل ) نقدا ( متفاضلا ) لانهما جنسان متغايران كاصلهما ( وكذا شحم البطن بالالية او باللحم ) اى يجوز بيعهما متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد ( و ) يجوز بيع ( الخبز بالبر اوالدقيق اوالسويق ) متفاضلا لعدم التجانس لان الخبز وزنى اوعددى والبر كيلى بالاصل ولم يجمعهما قدر وكذا بيع الخبز بالدقيق اوالسويق متفاضلا لما ذكرنا من عدم التجانس فلم توجد علة الربوا هذا اذا كانا نقدين واما اذا كان احدهما نسيئة سواء كان خبزا اوبرا اودقيقا فيجوز فى صورة كون البر نسيئة عند الامام لانه اسلم موزونا فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره فيسل يفتى به ويجوز فى صورة كون الخبز نسيئة عند ابى يوسف لانه اسلم فى موزون وقيل يفتى به وعن هذا قال ( وان ) وصلية ( كان احدهما نسيئة به يفتى ) للتعامل وفى الحاوى ويجوز بيع اللبن بالجبن ( ولا يجوز بيع الجيد بالردى ) اذا قوبل بجنسه مما فيه الربوا ( الامتساويا ) لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء ( وكذا ) لا يجوز بيع ( البسر بالتمر ) لاطلاق التمر على البسر ( ولا ) يجوز بيع ( البر بالسويق )

او بالسويق او بالنخالة مطلقا ) اى لامتساويا ولامتفاضلا لان المجانسة باقية من وجه باعتبار انهما اجزاء الحنطة ( ولا ) يجوز ( بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت ) فى صورة بيع الزيتون به ( والشيرج ) فى صورة بيع السمسم به ( اكثر مما فى الزيتون والسمسم ) وفيه اللف والنشر المرتب وهو ان يرجع الاول للاول والثانى للثانى ( ليكون الزيادة بالثجير ) بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر اعلم ان البيع لا يجوز فى ثلث صور الاولى ان يعلم ان الزيت الذى فى الزيتون اكثر لتحقق الفضل من الدهن والثفل الثانية ان يعلم التساوى لخلو الثفل عن العوض الثالثة ان يعلم انه مثله واكثر او اقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالى فما لم يعلم لا يفسد ويجوز البيع فى صورة بالاجماع بان يعلم ان الزيت المنفصل اكثر ليكون بالفضل وكل شئ بثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر كبيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه كما فى البحر ( ولا يستقرض الخبز اصلا ) اى لا وزنا ولا عددا عند الامام للتفاوت الفاحش من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز والتنور ( وعند ابى يوسف يجوز ) استقراضه ( وزنا ) لامكان التساوى فى الوزن لا عددا للتفاوت فى آحاده ( وبه يفتى ) وبه جزم صاحب الكنز وذكر الزيلعى ان الفتوى على قول ابى يوسف ( وعند محمد يجوز عددا ايضا ) للتعارف والتعامل وفى شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفى الفتح وانا ارى قول محمد احسن لكونه ايسر وارفق ( ولا ربوا بين السيد وعبده ) لانه وما فى يده ملكه اطلقه وقيد بعض الفضلاء بما اذا لم يكن دين مستغرق لرقبته وكسبه واما اذا كان مستغرقا فيجرى الربوا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى فى كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير لكن اذا لم يكن ما معه لمولاه بان كان مديونا سواء كان الدين لمولاه كالمكاتب او لغيره فيتقرر البيع بينهما فيصير الحكم كحكم سائر البيوع ولذا لم يفصل مدبر وفى البحر ولا ربوا بين المتفاوضين وشريكى العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما ( ولا ) ربوا ( بين المسلم والحربى فى دار الحرب ) عند الطرفين خلافا لابى يوسف والشافعى اعتبارا بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فباى طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان قال فى التسهيل وغيره ولا يجوز الربوا عند الامام بين مسلم ومن آمن ثمه لعدم العصمة فى مال

من اهل ذمة فصار كمال الحربي ويجوز للمشتري اخذ مال الحربي برضاه واقتضيا
انه ربوا جرى بين مسلمين حرم وفيه كلام وهو ان عدم العصمة ممنوع الا ترى
ان الناس لم يملكوا ما في يده من اهل ذمة اذا ظهروا عليهم انتهى لكن يكفي
الفرق بان بيع الشيء من الربويات بجنسه متفاضلا لا يكون برضاه بخلاف
ما اذا ظهروا عليهم واخذوا ما في يده من اهل ذمة لانهم اخذوا قهرا لا بالرضاء
فافترقا تدبر

## ( باب الحقوق والاستحقاق )

كان من حق مسائل الحقوق ان يذكره في الفصل المتصل باول البيوع الا ان المص
التزم ترتيب الهداية كما التزم صاحب الهداية ترتيب الجامع الصغير ولان
الحقوق توابع فلحق ذكرها بعد ذكر المسائل المتبوع الا ان صاحب الهداية
ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة ثم ذكر مسائل الاستحقاق في باب آخر
والمص ذكرهما في باب وليت شعري لم ترك اسلوبه والحقوق جمع حق وهو
خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من باب ضرب وقتل اذا وجب وثبت
ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وتمامه في البحر فراجعه ( يدخل العلو
والكنيف في بيع الدار ) وان لم يذكر كل حق هو لها ونحوه لان الدار اسم
لما دار عليه الحدود من الحائط وتشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف
والعلو من اجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وكذا الكنيف داخل فيما اطلق
عليه وان كان خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة وكذا يدخل بئر الماء
والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل واما الخارج فان كان اكبر منها
او مثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان اصغر منها يدخل لانها تعد من الدار
عرفا والكنيف المستراح كما في البحر وفي العناية الدار لغة اسم لقطعة ارض
ضربت لها الحدود وميزت عما جاورها بادارة خط عليها فبني على بعضها
دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الابنية للاسكان
وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب ( لا
تدخل ( الظلة ) في بيع الدار الظلة الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار
والطرف الآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار
المبيعة كما في الفتح وفي البحر وغيره وفي الصحاح الظلة بالضم كهيئة الصفة
وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب لكن
عمم في الاصلاح فقال او على الاسطوانات في السكة سواء كان مفتحها الى الدار
اولا ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم انتهى ( الا بذكر كل حق

هولها ) اي للدار ( او بمرافقها ) اي بذكر مرافقها وهي حقوقها اي بعتها لك بمرافقها ( او بكل ) حق ( قليل وكثير هو فيها او منها ) فحينئذ تدخل الظلة في بيعها عند الامام ( وعندهما تدخل ) اي الظلة من غير ذكر شيء مما ذكرنا ان كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار وله ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها على بناء الدار وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على غير بنائها فلا يدخل بلا ذكر الحقوق وتدخل بذكرها عملا بالشبهين ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل في بيع الدار بلا ذكر الحقوق لانها تعد من الدار عادة وفي الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما باع بيتا اودارا بمرافقهما لان الباب الاعظم من مرافقهما ( ولا يدخل العلو في شراء منزل الا بذكر نحو كل حق ) اي الا ان يقول لكل حق هو له او بمرافقه او لكل قليل وكثير هو فيه او منه لان المنزل بين الدار والبيت اذ يأتي فيه مرافق السكنى بنوع قصور بانتفاء منزل الدواب فيه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر الحقوق ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ( ولا ) يدخل العلو ( في شراء بيت وان ) وصلية ( ذكر كل حق ) ونحوه مالم ينص عليه لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يستتبع مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه وفي الكافي ان هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار والاحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عرف اهله ( ولا ) يدخل ( الطريق ) في بيع ماله طريق ( ولا ) يدخل ( المسيل ) في بيع ماله مسيل ( ولا ) يدخل ( الشرب ) في بيع ماله شرب ( الا بذكر نحو كل حق ) لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق وفي القهستاني واللام للعهد اي مسيل الماء والنهر في ملك خاص وشرب الارض ومائها وينبغي ان لا يدخل الشرب اصلا في موضع يتعارف بيع الارض بلا شرب وطريق الدار عرضه عرض الباب الذي هو مدخلها وطوله منه الى الشارع او هو اعم ومن طريق خاص في ملك انسان وقت البيع فلو سد الطريق القديم لم يدخل بذكره فالطريق الى الشارع العام والى سكة غير نافذة تدخل في البيع كما في المحيط لكن في الخلاصة ان الاخيرة لا تدخل الا بما ذكر بخلاف الطريق النافذة فانها لا تدخل اصلا وان كان له حق المرور كما كان قبل الشراء ( وتدخل ) هذه الاشياء ( في الاجارة بدون ذكر ) نحو كل حق اذ لم ينتفع الموجر بدونها ومثلها الرهن والصدقة الموقوفة وقال العيني ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج

( فصل )

في بيان احكام الاشجة في ( البينة حجة متعدية ) الى الغير لظهورها في حق كافة الناس لان البينة لاتصير حجة الا بقضاء القاضي وله ولاية عامة فيتعد قضاؤه في حق الكافة كما في التبيين وظاهره ان معنى التعدى انه يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة في عتق ونحوه كما مر تحقيقه ( والاقرار حجة قاصرة ) فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ( والتناقض يمنع دعوى الملك لا ) يمنع التناقض دعوى ( الحرية والطلاق والنسب ) لان القاضي لايمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الآخر فسقطا غيران الحرية والطلاق والنسب فيعذر في التناقض لان النسب يبنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم كما في التبيين ( فلو ولدت امة مبيعة ) تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة يعني لواشترى امة فولدت عنده من غيره ولاه وفي الكافي ولدت لابالاستيلاد ( فاستحقت ببينة تبعها ولدها ) في كونه مستحقا وملكا لمن برهن ( ان كان في يده ) اي في يد المشترى ( وقضى به ) اي الولد ( ايضا ) وهو الاصح لان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل للمستحق ولم يعرف الزوائد اوفي يد آخر وهو غائب لم تدخل الزوائد تحت القضاء لانفصالها عن الاصل يوم القضاء فعلى هذا ظهر تقييده بان كان في يده ( وقيل يكفي القضاء بالام ) لانه تبع لها فيدخل في الحكم عليها ( وان اقر ) المشترى ( بها ) اي بالامة المبيعة ( لرجل لايتبعها ولدها ) فيأخذ المقر له لامة لاولادها والفرق ان البينة تثبت الملك من الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وماثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولم يذكر النكول لانه في حكم الاقرار وفي البحر نقلا عن النهاية انما لايتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولاخصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل انتهى لكن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق كما قاله المولى سعدي وفي البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لايوجب على المشترى شيئا كزوائد المغصوب ( وان قال شخص لآخر ) اي لرجل يطلب شراء عبد ( اشترني فانا عبد ) لفلان ( فاشتراه ) اي الرجل العبد بناء على كلامه ( فاذا هو حر ) اي ظهر انه حر واذا للمفاجأة ( فان كان البائع

حاضرا او) غائبا كان ( مكانه معلوما لايضمن ) العبد ( الآمر ) لوجود من عليه الحق وهو البايع ( والا ) اى وان لم يكن البايع حاضرا او لم يكن مكانه معلوما ( ضمن ) اى رجع المشترى على العبد بالثمن عند الطرفين لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على امره واقراره انه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرر والضرر ( ورجع ) العبد ( على البايع ) بالثمن ( اذا حضر لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا وعند ابى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة فلم توجد منهما كما قال اشترنى اوقال انا عبد ولم يزد على ذلك فانه لا رجوع عليه بشئ بالاتفاق كما فى الفتح لكن فى العتابية ما يخالفه فليطالعه ( وان قال ارتهنى ) فانا عبد فارتهنه ( فاذا هو حر فلا ضمان اصلا ) سواء كان البايع حاضرا اولا وسواء كان مكانه معلوما او غير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة وموجب الضمان هو الغرور فى المعاوضة ( ومن ادعى حقا مجهولا فى دار ) فانكر المدعى عليه ذلك ( فصولح ) من الحق المجهول ( على شئ ) كمائة درهم مثلا فاخذه المدعى ( فاستحق بعضها ) اى بعض الدار ( فلا رجوع عليه ) اى على المدعى بشئ من البدل لجواز ان يكون دعواه فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لم يرجع ( ولو استحق كلها ) اى كل الدار التى ادعاها ( رد ) اى رد المدعى ( كل العوض ) للتيقن بانه اخذ عما لا يملكه فيرده ( وفهم منه ) اى من المذكور ( صحة الصلح عن المجهول ) على معلوم وفهم منه ايضا عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وفى المنح استفيد مما تقدم من الحكم شيئان احدهما ان الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة الثانى ان صحة الصلح لا يتوقف على صحة الدعوى لصحته هو دونها حتى او برهن لم تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وان بقى اقل منه رجع بحساب ما استحق والمص اقتصر بالاولى فقد قصر تدبر ( ولو ) كان المدعى ( ادعى كلها ) اى كل الدار ( فصولح ) على شئ كمائة مثلا ( ثم استحق ) شئ منها ( رد ) اى المدعى ( حصة ما يستحق ولو ) كان المستحق ( بعضا ) من الدار لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا ان الواو فى ولو زائدة لان المعنى حينئذ او كان المدعى ادعى كلها فصولح على شئ ثم استحق الكل رد المدعى حصة ما يستحق وليس كذلك لانه يرد حينئذ كل العوض كما مر آنفا بل المراد ههنا رد المدعى حصة ما يستحق

لوكان المستحق يصبر ثم ذكر احكام الفضولى بلا فصل فقال ( ولو باع فضولى ) هو منسوب الى الفضول جمع الفضل اى الزيادة وفى المغرب وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه وقيل فضول بلا فضل ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ كما فى البحر ( ملكه ) مفعول باع ( اى بغيره ) مبتدأ مؤخر خبره لى ( وله ) اى للمالك ( ان يجيز ) اى ينفذ بيعه موقوفا على اجازة المالك بالشرائط الاربعة كما فى البحر وبينها بقوله ( بشرط بقاء العاقدين ) اى وله ان يجيز ان شاء بشرط بقاء البائع والمشترى اما شرط بقاء البائع فلان حقوق العقد لم يلزمه حال حيوته فلا يلزمه بعد وفاته واما بقاء المشترى فلان الثمن لم يلزمه فى حال حيوته فكيف لزمه بعد وفاته ( و ) بشرط بقاء ( المعقود عليه ) اى المبيع والمراد بكون المبيع قائما ان لا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر لان الملك لم ينتقل اليه بالعقد فلا ينتقل بعد هلاكه وفى البحر ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقائه وعدمه جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم بقاؤه ( و ) بشرط بقاء ( المالك الاول ) لانه بموته يبطل العقد الموقوف فبعد ذلك لا يفيد اجازة الوارث وانما جاز بيع الفضولى عندنا لان ذكر التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ويسقط رجوع حقوق العقد اليه فيثبت للفضولى القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع مع ان الاذن له ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع خلافا للشافعى اذ عنده تصرفات الفضولى باطلة كلها وقيد المص بالاول ويستدرك لا طائل تحته تدبر ( وكذا ) بشرط بقاء ( الثمن ان كان ) الثمن عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه وبهذا يفهم ان الثمن ان كان دينا يحتاج الى اربعة اشياء وان كان ( عرضا ) يحتاج الى خمسة اشياء فلا وجه بالحصر الى الاربعة كما قيل تدبر ( واذا اجاز ) المالك عند قيام الخمسة المذكورة جاز البيع ( فالثمن العرض ملك للفضولى ) اى ان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد ( يجب عليه ) اى يجب على الفضولى ( مثل المبيع ان ) كان ( مثليا والا ) اى وان لم يكن مثليا ( فقيمته ) لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له

فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما قضى دينا بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ( وغير العرض ) يعنى ان كان الثمن فى بيع الفضولى دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الغير عينهما فاجاز المالك البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع وهو الثمن ( ملك للمجيز امانة فى يد الفضولى ) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة اوقبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ( وللفضولى ان يفسخ قبل اجازة المالك ) دفعا للحقوق عن نفسه لان حقوق البيع ترجع اليه بخلاف الفضولى فى النكاح حيث لا يكون الفسخ له قبل الاجازة لان الحقوق لا ترجع اليه ( وصح اعتاق المشترى ) اسم مفعول اوفاعل صلته ( من الغاصب اذا اجيز البيع ) يعنى لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشترى من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق استحسانا عن المشترى عند الشيخين ( خلافا لمحمد ) وزفر وهو رواية عن ابى يوسف وهو القياس لانه لا عتق بدون الملك وجه الاستحسان ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه ( ولا يصح بيعه ) اى بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لان بالاجازة ثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله لاستحالة الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد ( ولو قطعت يده ) اى يد العبد الذى باعه الفضولى ( عند المشترى فاجيز ) اى اجاز المالك البيع ( فارشه ) اى ارش يد العبد ( له ) اى لمشتريه لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع كالكسب والولد والعقر قبل الاجازة يكون للمشترى وكذا الحكم فى ارش جميع جراحاته فذكر اليد مثال وهو لا يخص كما لا يخفى وفيه سؤال وجواب فى المنح وغيره فليطالع ( ويتصدق ) المشترى ( بما زاد ) من ارش اليد ( على نصف ثمنه ) اى ثمن العبد وجوبا لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك فيتصدق به وجوبا واورد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما فى الفتح وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد ووزع فى الكافى فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح ما لم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك كما فى البحر ( ومن اشترى عبدا من غير سيده ثم اقام ) المشترى ( البينة ) بعد ما ادعى على البائع انه اقر قبل البيع بانى ابيع بغير

امر مولاه او بعد البيع بانه مت بغير امره او شيء على المولى انه امر بعدم امر البيع ( على اقرار البيع ) الفضولى ( اوالسيد ) بان اراد رد العقد على الاقرار ( بعدم الامر ) بيع العبد المذكور ( واراد ) المشترى ( رده ) اى احد ( لاتقبل ) بينة ابطال دعواه باشتغن اذاقدامهما على العقد اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال المسلم العاقل مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لاتبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا ابطلت الدعوى لاتقبل كما لواقام البائع البينة انه باع بلا امر اوبرهن على اقرار المشترى بذلك فانه لاتقبل ( واواقر البائع ) الفضولى ( بذلك ) اى بعدم امر رب العبد ( عند القاضى فله ) اى للمشترى ( الرد ) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لعدم التهمة وللمشترى ان يساعده فيتفقان وينتقض فى حقهما وهو المراد ببطلان البيع فى عبارته لافى حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا انفسخ فى حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشترى لبراءته بالتصادق وعند ابى يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع بناء على براءة الوكيل وتمامه فى البحر والمنح ( واواشترى دارا من فضولى وادخلها ) المشترى ( فى بنائه فلاضمان على الفضولى ) عند الامام وهو قول ابى يوسف اخرا ( خلافا لمحمد ) وهو قول ابى يوسف اولا وفى الصورة يعنى اذا اقر البائع بالغصب وانكر المشترى لان اقراره لايصدق على المشترى ولابد من اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لايجوز بيعه فعلى هذا يعلم ان قوله وادخلها المشترى فى بنائه اتفاقى وانما ذكره لعلم حكم غيره بالاولى واراد بالدار العرصة بقرينة ادخلها فى بنائه

( باب السلم )

لماكان من انواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف اخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط فى الصرف قبضهما وفى السلم قبض احدهما فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو فى اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن قيل وفى اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل وفى البحر نقلا عن الفتح ليس بصحيح اصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه اولا بيع آجل بعاجل والظاهر ان قولهم اخذ عاجل بآجل تحريف من النساخ لجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف انتهى وعن هذا قال ( هو بيع آجل بعاجل ) لكن يجوز ان يقال المراد اخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى اذ لاصل عدم التغيير الا ان ثبت بدليل كما قاله بعض الفضلاء وفى الدرر وهو مشروع

بالكتاب وهو قوله تعالى اذا تداينتم بدين الآية فانها تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول والسنة وهي قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والاجماع ويأباه القياس لانه بيع معدوم لكنه ترك لما ذكر ولم يستدل بما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم لان محمد بن العز الحنفي قال في حواشي الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرو من احد من الصحابة في كتب الحديث وكانه من كلام واحد من الفقهاء انتهى (ويصح) السلم (فيما امكن ضبط صفته) اى جودته ورداءته ونحو ذلك (ومعرفة قدره) اى مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لانه لايفضى الى المنازعة وفى البحر السلم في العنب الفلانى في وقت كونه حصرما لايصح والسلم في التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا (لافى غيره) اى ومالايمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لايصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة وهذه قاعدة كلية تبتنى عليها كثير مسائل السلم فشرع المص في ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتأمل فيها فقال مفرعا عليها (فيصح) السلم كما في الفرائد لكن لما كان المص شرع ان يبين الفصلين بالفاء فالاولى ان تكون تفصيلية تدبر (في المكيل) كالبر والشعير (والموزون) كالعسل والزيت (سوى النقدين) من الدراهم والدنانير لانهما موزونة ولكنهما غير ثمنين بل خلقا ثمنين فلايجوز السلم فيهما (و) يصح (في العددى المتقارب) وهو مالايتفاوت آحاده (كالجوز والبيض عددا وكيلا) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم ومافيه من التفاوت يهدر عرفا ولاخلاف في جوازه عددا وانما الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز ومنعه زفر كيلا وعنه منعه عددا ايضا للتفاوت وانما جاز كيلا عندنا لوجود الضبط فيه قيد بالمتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين لان العددى المتفاوت لايجوز السلم فيه وماتفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها فلايجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وغير ذلك كما في البحر وغيره لكن في شرح المجمع وذكر في المختلف يجوز السلم في الجوز والبيض عددا وكيلا ووزنا وقال زفر يجوز كيلا ووزنا وكذا ذكر في المبسوط وفي فتاوى الاقطس اجمعوا على ان السلم يجوز في الجوز كيلا وفي البيض وزنا انتهى فعلى هذا يظهر مخالفة مافي البحر وغيره من انه منعه زفر كيلا تدبر (وكذا الفلوس) اى يصح السلم فيها عددا لان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هي بالاصطلاح فللعاقدين ابطالها (خلافا لمحمد) لانها اثمان وفي البحر وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لايخرج عن العد الى الوزن للعرف

لا لان يهدره اهل العرف كما هو في ديارنا وقد كانت في هذه الاعصار عددية
في ديارنا ايضا انتهى وعلى هذا يكون اختيار المص غير الظاهر ولهذا قال
خلافا لمحمد لكن الاولى ان يقول وعن محمد تدبر ( وفي اللبن ) بفتح اللام وكسر
الباء وهو الطوب النيء وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن
( والآجر ) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد وهو اللبن اذا طبخ ( اذا سمي ملبن )
بكسر الميم وفتح الباء فيهما ( معلوم ) لان التفاوت حينئذ يكون اقل ( و )
يصح السلم ( في المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقته ) اي غلظه
ورقته وفي المنح وصفته اي من قطن او كتان او مركب منهما وهو الملحم او حرير
او نحو ذلك وصنعته كعمل الشام او الروم لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء
فلا يؤدي الى النزاع قيل هذا اذا كان الثوب غير الحرير اما لو كان حريرا لابد
ايضا من بيان وزنه ( و ) يصح ( في السمك المليح ) اي القديد بالملح ( وزنا
ونوعا معلومين ) لانه لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان
نوعه ( وكذا الطري في حينه فقط ) اي يصح في سمك طري حين يوجد غير
مقيد بوقت دون وقت حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وزنا ونوعا
( ولا يجوز ) السلم ( فيهما ) اي في المالح والطري ( عددا ) لتفاوت آحاده بالكبر
والصغر وعن الامام ان السمك لا يصح لا طريا ولا مالحا لانه لحم فصار كالسلم
في اللحم وفي الايضاح والصحيح من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه
كيلا ووزنا وفي الكبار روايتان ولا فرق بين الطري والمليح ( ولا ) يصح السلم
( في الحيوان ) طيرا او غيره لتفاوت آحاده خلافا للشافعي اذ عنده يجوز
اذا كان موصوفا لامكان الضبط بمعرفة النوع واللون والوصف والسن
( واطرافه ) كالرؤس والاكارع ( ولا في جلوده عددا ) لكون التفاوت في
الصغر والكبر وعند مالك يجوز في الرؤس والجلود عددا للتقارب وفي العناية
ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا
لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عددا وفي الذخيرة ان بين الجلود
ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة حينئذ ( ولا ) يصح ( في الحطب حزما
ولا الرطبة جرزا ) لان هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى اذا عرف ذلك
بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث
لا يؤدي الى النزاع جاز ولو قيد الوزن في الكل صح كما في المنح ( ولا يصح
( في الجوهر والخرز ) بالتحريك الذي ينظم لتفاوت آحاده الا صغار اللؤلؤ
لو كانت تباع وزنا فيجوز السلم فيها وزنا لان الصغار انما يعلم به ( ولا ) يصح
( في اللحم طريا ) عند الامام ( وقالا يصح اذا وصف موضع معلوم منه لصفة

معلومة ) وفي البحر وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره لانه موزون مضبوط الوصف كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وله ان يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي الى المنازعة وفي منزوع العظام روايتان والاصح عدمه ولذا اطلقه في الكتاب وفي الحقايق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع الامام فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا ( ولا يجوز السلم بكيل او زراع معين ) قيد الكيل والذراع ( لا يدرى قدره ) اي قدر ذلك الصاع والذراع لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومي المقدار جاز ( ولا ) يجوز ( في طعام قرية او ثمر نخلة معينة ) اذ ربما تعرضهما آفة فلا يمكن التسليم قيد بقرية لانه لو اسلم في طعام ولاية يجوز لان وصول الآفة طعام كل الولاية نادر وهذا اذا نسب الى قرية ليؤدي من طعامها واما اذا نسب اليها لبيان وصف الطعام فالسلم جائز كما في شرح المجمع ( ولا ) يجوز ( فيما لا يبقى ) في الاسواق والبيوت ( من حين العقد الى حين المحل ) بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين اي الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز لقوله عليه السلام لا تسلفوا في الاثمار حتى يبدو صلاحها ولاحتمال موت المسلم اليه بعد العقد قبل ان يبلغ المحل اذ يحل الاجل ويلزم التسليم والاحتمال في هذا العقد ملحق بالحقيقة خلافا للشافعي اذ عنده يجوز ان وجد وقت الحلول فلا يلزم الاستمرار ( وشرطه ) اي شرط جواز السلم تسعة اشياء ذكر المص منها ثمانية الاول ( بيان الجنس كبر او شعير و ) الثاني بيان ( النوع كسقية ) بفتح السين وتشديد الياء اي مسقية وهي ما تسقى سيحا ( او بخسية ) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وهي ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا ( و ) الثالث بيان ( الصفة كجيد او ردي و ) الرابع بيان ( القدر نحو كذا رطلا او كيلا بما لا ينقبض ولا ينبسط ) فلا يجعل مثل الزنبيل كيلا لاحتمال الزيادة والنقصان ويجعل مثل قربة الماء كيلا عند ابي يوسف للتعامل ( و ) الخامس بيان ( اجل معلوم ) اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعند الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه السلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه السلام في آخر الحديث الى اجل معلوم ولانه شرع رخصة للفقراء فلا بد من مدة ليقدر على التحصيل والتتميم والايصال والتسليم ( واقله ) اي اقل الاجل في السلم

(شهور في الاصح) روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى لان ما دونه عاجل
والشهر وما فوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه
قبل تمام الشهر بر وقيل ثلثة ايام وقيل عشرة ايام وقيل اكثر من نصف يوم
وقال صدر الشهيد والصحيح ما رواه الكرخي انه مقدر بما يمكن فيه تحصيل
المسلم فيه وفي الفتح وهو جدير بان لا يصح لانه لا ضابط يتحقق فيه وكذا
من رواية اخرى عن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس
في تأجيل مثله كل هذا تشبيع فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان
انتهى وفي البحر هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء ما لا يمكن
تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل
وهو القدرة على تحصيله انتهى هذا مسلم ان كان القدر مخصوصا بالشهر
لا بالزيادة فليس كذلك لان ما نحن فيه اقل بيان الاجل لا اكثره حتى يرد عليه
قوله ان من الاشياء ما لا يمكن تحصيله الى آخره لانه ان حصل في الشهر فبها
وان لم يحصل فيه واتفقا على زيادة عليه جاز بلا مانع تدبر (و) السادس بيان
(قدر رأس المال ان كان كيليا او وزنيا او عدديا) اي وشرطه بيان قدر
رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره وان كان مشارا اليه عند الامام
(فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما) يعني اذا اسلم مائة درهم
في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده لان اعلام قدر
رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف
بالظن فيكون مجهولة حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم
عليهما على السواء (ولا) يجوز السلم (بنقدين بلا بيان حصة كل منهما
من المسلم فيه) كما في الوقاية يعني اذا اسلم عشرة دراهم وعشرة دنانير في عشرة
اقفزة بر ولم يجز عنده لان الدراهم والدنانير المذكورة اذا لم تعلم وزنا لزم عدم
بيان حصة كل منهما من المسلم فيه وكذا اذا علم وزن واحد منهما دون
الآخر حيث يلزم بطلان العقد في حصة ما لم يعلم وبطل في حصة الآخر
للجهالة ولكون الصفقة واحدة واعترض بان هذا التصوير انما يستقيم على عبارة
الهداية وغيرها حيث قالوا او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى هذا
يكون غير المبين رأس المال واما في عبارة الوقاية فلكون المراد ان غير المبين هو
حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة انتهى واجاب بعض
الفضلاء والحق انه لا مخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال
كما لا يخفى تأمل (و) السابع بيان (مكان ايفائه) اي ايفاء المسلم فيه
(ان كان له حمل) بفتح الحاء الثقل (ومؤنة) كالحنطة وقيل ما لا يحمل

اى مجلس القضاء مجانا وقيل مالا يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند الامام
(وعندهما لايشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا) لانه صار معلوما
بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله ان جهالة قدر رأس المال قد يفضى الى جهالة
المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولايتفق له الاستبدال
فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولايدرى قدره فيفضى
الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله والموهوم فى هذا العقد كالمحقق
لشرعه مع المنافى وفى البحر والاولى ان يعلل للامام بانه ربما لايقدر على
المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما واما
ماذكروه فيندفع بما قدمناه من ان الانتقاد شرط بخلاف ما اذا كان رأس
المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لايتعلق العقد على مقداره (ولا) يشترط بيان
(مكان الايفاء ويوفيه فى مكان عقده) عندهما لان التسليم وجب بالعقد
فتعين مكانه له ولانه لايزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان
فى الاوامر وصار كالقرض والغصب وللامام ان التسليم غير واجب فى الحال
فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضى الى المنازعة
لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلابد من البيان وصار كجهالة الصفة
وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف
كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان من قضية العقد عندهما
كما فى الهداية (ومثله) اى مثل المسلم فيه فى الخلاف فى اشتراط تعيين مكان الايفاء
(الثمن) المؤجل الذى لحمله مؤنة كما اذا باع ثوبا بمد حنطة مؤجلة فانه يشترط
بيان مكان ايفاء الحنطة عنده فى الصحيح وعندهما يتعين للايفاء مكان فى الثمن
وقيل لايشترط فى الكل (والاجرة) كما لو استأجر دارا اودابة بمد بكيل او موزون
موصوف بالذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين فى اجارة
الدار موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة فى اجارة الدابة (والقسمة) بان اقتسما
دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان
الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد (وما لاحمل له) ولامؤنة كالمسك والكافور
ونحوهما (يوفيه حيث شاء فى الاصح اتفاقا) قال صاحب الهداية ومالم يكن له
حمل ومؤنة لايحتاج فيه الى بيان الايفاء بالاجماع لانه لاتختلف قيمته ويوفيه
فى المكان الذى اسلم فيه وهذه رواية الجامع الصغير فى البيوع وذكر
فى الاجارات يوفيه فى اى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
ولاوجوب فى الحال ولو عين مكانا قيل لايتعين لانه لايفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق انتهى فعلى هذا قول المص فى الاصح احتراز عن رواية

الجامع الصغير وقوله انما يعد لعدم الاحتياج الى بيان الايفاء ويجب اذا لم يكن له حمل ومؤنة فلا وجه لما قيل من ان قول المص يوفيه حيث شاء في الاصح انما لا يخلو عن شئ لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر تصحيحه ليخالف فيه وليس الامر كذلك تدبر وقيل هذا اذا امكن الايفاء في موضع العقد اذ لو كان العقد في لجة البحر او قلة الجبال يوفيه في اقرب الاماكن من مكان العقد وفي التنوير شرطا الايفاء في مدينة فكل محلاتها سواء في الايفاء حتى لو اوفاه في محلة منها برئ ( و ) الثامن ( قبض رأس المال ) ولو عرضا بعينه ( قبل الفرق ) اي قبل تفرق العاقدين بالبدن لان السلم اخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق فلا تضر اقامة بعد منه ولا نومهما او نوم احدهما والافتراق ان تتوارى احدهما عن صاحبه حتى لو دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقا ( شرط بقائه ) اي بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض فلو ابى المسلم اليه قبضه في المجلس اجبر على قبضه وفيه اشارة الى ان شرط الخيار مفسد للسلم لانه يمنع تمام القبض والشرط التاسع الذي لم يذكره المص هو القدرة على تحصيل المسلم فيه وزاد صاحب البحر شرطا آخر فليطالع ( فلو ) تفريع على قوله وقبض رأس المال ( اسلم ) رجل الى آخر ( مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بطل ) السلم ( في حصة الدين فقط ) سواء كان العقد مطلقا بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة ثم جعل مائة من رأس المال تقاصا بالدين او مقيدا بان اسلمت اليك في مائة نقد ومائة دين لي عليك وسواء اضيف الى دراهم بعينها او لا وذلك لفقد القبض واما اذا كان دينا على المسلم اليه لانه لو كان الدين على الاجنبي فهو فاسد في حق الكل حتى لو نقد الكل من ماله في المجلس لم ينقلب جائزا بخلاف ما اذا كان الدين على المسلم اليه فانه بالنقد في المجلس ينقلب الى الجواز وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد ( ولا يجوز التصرف في رأس المال او المسلم فيه قبل قبضه ) اي قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه ( بشركة وتولية ) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ورأس المال شبيه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض وفي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز وصورة الشركة فيه ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانما خصهما بالذكر لانهما اكثر وقوعا من غيرهما

( ولا ) يجوز لرب السلم ( شراء شئ من المسلم اليه برأس المال بعد التقايل ) في عقد السلم الصحيح بعد وقوعه ( قبل قبضه ) بحكم الاقالة استحسانا لقوله عليه السلام لا تأخذ الاسلمك اورأس مالك اى لاتأخذ الاما اسلمت فيه حال قيام العقد اورأس مالك بعد الانفساخ فتركنا القياس عملا به لان النبي عليه السلام جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ رأس المال بعدها ثم لايجوز الاستبدال قبل الاقالة بالمسلم فيه لئلا يصير قابضا حق غيره فكذا بعدها برأس المال وعند زفر وهو قول الائمة الثلاثة يجوز استبدال رب السلم به شيئا من المسلم اليه قياسا باعتبار سائر الديون ( ولو اشترى ) المسلم اليه ( كرا وامر رب السلم بقبضه ) اى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه من البايع ( قضاء ) اى لاجل القضاء عليه من الكر المسلم فيه ( لم يصح ) لانه اجتمعت صفقتان السلم وهذا الشراء فلابد من ان يجرى فيه الكيلان ( ولو امر مقرضه بذلك صح ) يعنى لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من غيره وامر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ( وكذا لو امر المسلم اليه رب سلمه بقبضه ) اى بقبض الكر منه ( له ) اى لاجل المسلم اليه ( ثم ) بقبضه ثانيا ( لنفسه ) اى لنفس رب السلم ( فاكتاله ) اى رب السلم ( لاجل المسلم اليه ثم اكتاله لنفسه صح ) لاجتماع الكيلين ( ولو اكتال المسلم اليه فى ظرف رب السلم بامره ) اى بامر رب السلم ( وهو ) والحال ( انه غائب لايكون قضا ) لان فى السلم لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه فى الدين لا فى العين فامره لم يصادف ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه فى ظرف استعارة من رب السلم قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا و كاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ( ولو اكتال البايع كذلك ) يعنى لو اشترى من آخر طعاما ودفع المشترى الى البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البايع والمشترى غائب ( كان قبضا ) لانه كان مالكا للعين بالشراء فامره صادف ملكه فيكون قابضا بوضعه فى ظرفه وكان البايع وكيلا فى امساك الظرف فجعل فى يد المشترى حكما لان الوكيل فى القبض كالموكل ( بخلاف مالو اكتاله ) البايع ( فى ظرف نفسه ) لان المشترى صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه فلم يصح العارية لانها تبرع فلا يتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا فى يد المشترى ( او ) اكتاله ( فى ناحية بيته ) اى بيت البايع لان البيت ونواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ( ولو ) اكتال ( العين والدين فى ظرف المشترى ) بان اشترى رجل من آخر كرا بعقد السلم وكرا معينا بالبيع عند حلول اجل السلم ثم امر

المشتري البائع بان يجعل الكر في ظرف المشتري ( ان بدأ ) البائع هو المسلم اليه ( بالعين كان ) المشتري هو رب السلم ( قابضا ) لهما اما في العين فلصحة الامر فيه واما في الدين فلاتصاله بملك المشتري كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ( وان بدأ ) البائع ( بالدين فلا ) يكون قابضا لهما عند الامام اما في الدين فلعدم صحة الامر فيه واما في العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عنده فينتقض البيع مع ان الخلط غير مرضي به من جهة الامر لجواز ان يكون مراده البداءة بالعين فلم يتحقق رضاؤه حتى يكون شريكا له ( وعندهما صح قبض العين فان شاء رضي بالشركة ) في المخلوط ( وان شاء فسخ البيع ) لان الخلط ليس باستهلاك عندهما كما في الهداية وخص قاضيخان بقول محمد اما عند ابي يوسف اذا بدأها بالدين يصير قابضا لهما كالو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك وقال محمد يصير قابضا العين دون الدين فيشتركان فيه ولم ار عن ابي يوسف وكذا لو استقرض رجل كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيهما ففعل وهو غائب لم يكن قبضا كما في المنح ( ولو اسلم امة في كر من بر مثلا ) اي جعل امة رأس المال في اشتراء كر يعقد السلم ( وقبضت ) الامة اي قبضها المسلم اليه ( ثم تقايلا ) عقد السلم ( فماتت ) اي ثم ماتت الامة في يد المسلم اليه ( قبل ردها ) اي الامة الى رب السلم ( بقي التقايل ) على حاله ولم يبطل بهلاكها ووجب على المسلم اليه ( قيمتها ) اي الامة ( يوم قبضها ) اي الامة ( ولو ماتت ) الامة قبل الاقالة ( ثم تقايلا صح ) التقايل اي الاقالة بعد موتها ووجب على المسلم اليه قيمتها يوم القبض لان شرط الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاكها فاذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كالو غصبها ثم تقايلا بعد هلاك احدهما او هلك احدهما بعد الاقالة وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب ( وكذا المقايضة ) وهي بيع سلعة بسلعة ( في الوجهين ) هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لان كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه فبقي العقد ببقاء المبيع وفي الهلاك الثانية ( بخلاف الشراء بالثمن فيهما ) اي اذا اشترى امة بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الامة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية وفي الدرر تقايلا البيع في عبد فابق من يد المشتري فان لم يقدر المشتري على

تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله ( ولوادعى احد عاقدى السلم بيان الاجل
او ) ادعى ( اشتراط الرداءة وانكر الآخر ) يعنى لوقال احدهما شرطنا
التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيئا اوقال احدهما شرطنا طعاما رديا وقال
الآخر لم نشترط ( فالقول لمدعيهما ) اى لمدعى الاجل والرداءة ( مطلقا )
سواء كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه عند الامام لان المدعى يدعى
الصحة فكان القول له وان انكر خصمه اذالظاهر شاهد له لان العقد الفاسد
معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه ( وقالا للمنكر ان كان ) المنكر
( رب السلم فى ) الصورة ( الاولى ) اى القول لرب السلم عندهما اذا ادعى
المسلم اليه التأجيل لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل ( او ) كان المنكر ( المسلم
اليه فى ) الصورة ( الثانية ) وهى الرداءة لانه منكر والاصل ان من خرج
كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة بان ينكر ما يضره
مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما القول
للمنكر سواء انكر الصحة اوغيرها وفى التنوير ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب
مع يمينه وان برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب وان اختلفا فى مضيه
فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة وان برهنا قضى ببينة المطلوب
( والاستصناع ) لغة طلب العمل متعد الى مفعولين وشرعا بيع ما يصفه عينا
فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلو كان العين من المستصنع كان
اجارة لااستصناعا وكيفيته ان يقول لصانع كخفاف مثلا اصنع لى من مالك خفا
من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين ( باجل ) معلوم كان يقول شهرا
مثلا ( سلم ) فيعتبر فيه شرائطه ( فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره
تعورف ) الاستصناع فيه ( اولا ) عند الامام لان السلم بالاجل ثابت بالكتاب
والسنة والاجماع مطلقا والاستصناع بالاجل فى عرفهم فلا يحمل عليه
وعندهما ان ضرب الاجل فيما تعورف فهو استصناع لان اللفظ حقيقة فيه
فيحفظ على مقتضاه وان ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا
ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال هذا اذا كانت المدة على سبيل
الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان استصنع على ان يفرغ عنه غدا
اوبعد غد لايصير سلما بالاجماع وحكى عن الهندوانى انه ان ذكره المستصنع
فليس بسلم وان ذكره الصانع فسلم وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيه من العمل
فاستصناع وان كان اكثر فسلم يراعى شرائطه ( و ) الاستصناع ( بلا اجل )
معلوم ( يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطست وقمقمة ) وغير ذلك
من الاوانى ( وهو بيع ) والقياس ان لايصح لانه بيع المعدوم وبه قال زفر

والائمة الثلاثة وجه الاستحسان ان المستصنع فيه المعدوم يجعل موجودا حكما كطهارة المعذور فنزل منزلة الاجماع للتعامل من زمن النبي عليه السلام الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا فصار كدخول الحمام باجر فانه جاز استحسانا للتعامل وان ابى القياس جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال اسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر (لاعدة) كما ذهب اليه الحاكم الشهيد قال لانا جاء مقرونا عنه ينعقد بالتعاطي ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة وفرع على كونه بيعا بقوله (فيجبر الصانع على عمله) ولو كان عدة لم يجبر (ولا يرجع المستصنع عنه) اى عن امره ولو كان عدة لجاز رجوعه (والمبيع هو العين لا عمله) اى عمل الصانع وقال البردعي عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل والاول اصح لان المقصود هو العين وذكر الصنعة لبيان الوصف والاحسن ويكون المبيع هو العين لانه معطوف على ما بعد الفاء لا العمل وفرع على كونه العين بقوله (فلو باع) الصانع ما صنعه قبل العقد (غيره او باع ما صنعه هو قبل العقد فاخذه) اى المستصنع العين (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح بيعه (ولا يتعين المستصنع) بفتح النون (للمستصنع) بكسر النون (بلا اختياره) ورضاه (فيصح بيع الصانع له) اى للمستصنع بفتح النون (قبل رؤيته) ولو تعين له لما صح بيعه (وله اخذه وتركه) اى للمستصنع بكسر النون بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع فيجبر على العمل وعن الامام ان له الخيار دفعا للضرر عنه والصحيح الاول وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما (ولا يصح) الاستصناع بلا اجل (فيما لم يتعارف) هو قيد (كالثوب) يعنى لو امر حائكا ان ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقى على اصل القياس الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فيجوز بطريق السلم وفي البحر دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده واراه الذهب انموذجا من الاعشار والاخماس ورؤس الآى واوائل السور فامره رب المصحف ان يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح وفي الخانية رجل استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الى في كذا كذا وانكر المدعى عليه لا يحلف

( مسائل )

خبر مبتدأ محذوف اى هذه مسائل (شتى) جمع شتيت وعبر عنها فى الهداية بمسائل منثورة وعبر فى التنوير بالمتفرقات والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التى تشذ على الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استذكرت سميت بها متفرقات من ابوابها اومنثورة على ابوابها (يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت) الكلب والفهد والسباع (اولا) عندنا لحصول الانتفاع بهم حراسة اواصطيادا وعن ابى يوسف لايصح بيع الكلب العقور لانه لاينتفع به فصار كالهوام المؤذية وذكر فى المبسوط انه لايجوز بيع الكلب العقور الذى لايقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب وهكذا نقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصاد به انه يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى واجيب بانه ينتفع بجلده لانه يطهر بالدباغ ويكون المتلف ضامنا لان النبى عليه السلام قضى فى كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وقال الشافعى لايصح بيع الكلب مطلقا وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك واما اقتناء الكلب للصيد اولحفظ الزرع اوالمواشى اوالبيوت فجائز بالاجماع كما فى الشمنى واختلفت الرواية عن الامام فى القرد وكره عند ابى يوسف وجاز عند محمد والفيل كالهرة فى جواز بيعه وفى البزازية وشراء السباع جائز ولحمها لاوبيع الفيل جائز وفى التجنيس ان المختار للفتوى جواز بيع لحم المذبوح من السباع وكذا الكلب والحمار لانه طاهر وينتفع به فى اطعام سنورة بخلاف الخنزير لانه نجس العين وفى التخصيص اشعار بعدم جواز هوام الارض كالحية والعقرب ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع وحرمة الانتفاع بها وقال بعضهم ان بيع الحية يجوز اذا انتفع بها للادوية ولايخفى ان هذه المسئلة مستدركة بتمامها فى البيع الفاسد كما فى القهستانى لكن فى البحر وبيع غير السمك من دواب البحر ان كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والافلا (والذمى فى البيع كالمسلم) لانه مكلف بمثل هذه الاحكام كالمسلم بمعنى ان مايحل لنا يحل لهم وان مايحرم علينا يحرم عليهم فى العقود لقوله عليه السلام فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين بعد اداء الجزية (الافى) بيع (الخمر فانها) اى الخمر (فى حقه) اى فى حق الذمى (كالخل) فى حقنا (و) الا (فى الخنزير) فانه (فى حقه كالشاة) فى حقنا وفى البحر لايمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فانه يباح الانتفاع بهما شرعا لهم فكان مالا فى حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على

بالعموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بالشرائع فى الحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعهما لانهم لا يعتقدون حرمتهما ويتمولون بهما وقد امرنا بتركهم وما يدينون (ومن زوج مشريته) لآخر (قبل قبضها جاز) لثبوت الولاية عليه بالشراء لانه سبب الملك فيحصل التصرف بالتزويج فى المبيع المنقول قبل القبض كالاعتاق والتدبير فى عدم الانفساخ بخلاف التصرف بمثل البيع قبل القبض اذ هو ينفسخ بهلاك المبيع قبل قبضه (فان وطئت) اى ان وطئها زوجها (كان) المزوج (قابضا لها) لان وطئ الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه (والا) اى وان لم يطأها الزوج (فلا) يكون قابضا اذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض والقياس ان يتحقق وهو رواية عن ابى يوسف لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا وفى التنوير ولو انتقض البيع بطل النكاح فى المختار (ومن اشترى شيئا) منقولا (فغاب) المشترى قبل قبض المبيع ونقد الثمن (غيبة معروفة) بان علم مكانه فاقام بايعه بينة انه باعه منه (لا يباع) ذلك الشئ (فى دين بايعه) اى لم يبعه القاضى فى دين البايع لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين (وان لم تكن) غيبة (معروفة) بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه (يباع فيه) اى فى الثمن (اذا برهن انه باعه منه) اى من الغائب (اذا لم يكن قبضه) الغائب لان القاضى نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى ايضا يبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عند القاضى يوجب اقراره فلا يحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اذا كانت البينة للقضاء لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال وهذا لان الشئ فى يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض فان فضل شئ من الثمن يمسك للغائب وان نقص يرجع البايع على المشترى اذا ظفر وقيدنا بالمنقول احترازا عن العقار فان القاضى لا يبيعه كما فى النهاية (وان غاب احد المشتريين) بان اشترى رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها (فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه) اى حبس المبيع عن شريكه (اذا حضر) الغائب (حتى ينقد) شريكه (حصته) لانه مضطر

اذلا يمكنه الانتفاع بنصيبه الاباداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى منه شئ والمضطر يرجع واذاكان له ان يرجع عليه كان له الحبس عند الطرفين الى ان يستوفى حقه ولو حبس لايصير غاصبا وعند ابى يوسف كان متطوعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فهلك بالقيمة قيل هذا اذاكان الثمن حالا اما اذا كان مؤجلا فليس للحاضر دفعه وان حل الاجل (وان اشترى) شيئا (بالف مثقال ذهب وفضة فهما) اى الذهب والفضة (نصفان) اى يجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة مثقال من الفضة لانه اضاف المثقال اليهما على السواء ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف مالو قال من الدراهم والدنانير فانه لايحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد (وان قال بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم وزن سبعة) اى كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لاضافة الالف المبهم اليهما فيصرف الى الوزن المتعارف المعهود فى كل واحد منهما وفيه اشارة الى انه لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا فى المعاملات كلها كما فى البحر وفى الفتح فى الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدرهم مايوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس كذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه ثقل اوخف يسمونه نصف فضة (ومن قبض زيفا بدل جيد غير عالم به) اى بالزيف (فانفقه اوهلك فهو قضاء) ويرئ ولارجوع عليه بشئ عند الطرفين لان ايجاب رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شئ واحد ومثل هذا التكليف غير معهود فى الشرع ولان الزيف بعد الانفاق والهلاك ينوب مناب حقه الجيد (وقال ابو يوسف يرد مثل الزيف ويقضى الجيد) لان حق صاحب الدين راعى من حيث الوصف لكن لايمكن رعايته بايجاب الضمان فى الوصف اذلاقيمة له عند المقابلة بجنسه فيلزم الرجوع الى الرد بمثل زيفه وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابى يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول ابى يوسف وقيل قوله الانسب للفتوى وفى الاصلاح ومحمد فى قوله الاول مع ابى يوسف قيد بالاتلاف لانه لو كان قائما يرده ويسترد الجيد عندهم وقيد بغير عالم به لانه لو كان عالما به عند القبض يسقط حقه

بلا خلاف ( وان فرخ طير او باض فى ارض ) متعلق بهما ( اوتكنس ظبى فيها ) اى تستر ومعناه دخل فى الكناس وهو موضع الظبى وفى بعض النسخ اوتكسر اى وقع فى ارض فتكسر رجله ويحترز به عما لوكسر رجل فيها فهو يكون للكاسر لا للآخذ ( فهو ) اى المذكور من الفرخ والبيض والظبى ( لمن اخذه ) لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به الا اذا اعد ارضه لذلك فهوله اوكان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على اخذه اومديده فهو لصاحب الارض كما فى البحر وغيره فعلى هذ القيده كما قيدنا لكان اولى تدبر ( وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف ) لا للاصطياد يعنى يكون هو للآخذ ( اودخل الصيد دارا ) يكون ايضا للآخذ ( ودرهم اوسكر نثر فوقع ) الدرهم اوالسكر ( على ثوب ) احد ( فان اعده ) اى الثوب ( صاحبه ) اى صاحب الثوب ( لذلك ) اى لوقوع الدرهم اوالسكر عليه ( اوكفه ) اى جمع الثوب الى نفسه بعد السقوط عليه وان لم يعده ( اواغلق باب الدار بعد الدخول ملكه ) اى صار له بهذا الفعل ( وليس لغير اخذه ) اذ بالاعداد والكف يظهر انه طالب الاخذ فكان مستحقا وفى البحر نقلا عن الذخيرة ان اغلق الباب على الصيد وانه لم يصر آخذه بالكلية حتى لوخرج الصيد بعد ذلك فاخذه غيره ملكه ( كما لوعسل النحل في ارضه ) اى جعل عسله فى ارض رجل ( اونبت فيها شجرا واجتمع تراب بجريان الماء ) فهو لصاحب الارض على كل حال وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا ولهذا يجب فى العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ثم انه مهد هنا قاعدة كلية فقال ( ما ) الذى اى ( لايصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد ) اربعة عشر شيئا على ماذكره المص تبعا لصاحب الكنز الاول ( البيع ) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا مثلا فالبيع فاسد والاصل ان ما كان مبادلة مال بمال فانه لايصح تعليقه بالشرط الفاسد بالنهى عن بيع وشرط وماكان مبادلة مال بغير مال اوكان من التبرعات فانه لايبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات ويبطل الشرط فقط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لايجوز فى التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات كما فى البحر ( و ) الثانى ( الاجارة ) بان آجر داره بشرط ان يقرضه المستأجر او يهدى اليه اوآجره اياها ان قدم زيد فهى فاسدة لانها فى معنى البيع ( و ) الثالث ( القسمة ) بان كان للميت دين

على الباقين فاقتسموا التركة من الدين والعين على ان يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة لانها في معنى البيع من حيث اشتمالها على الاقرار في المبادلة ( و ) الرابع ( الاجازة ) بان باع فضولي عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضني او تهدى إلى او علقها بشرط لانها بيع معنى كما ذكره العينى ولا خصوصية لاجازة البيع بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح ( و ) الخامس ( الرجعة ) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على ان تقرضني كذا او ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه كما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كما ذكره العينى قال في البحر وهو سهو ظاهر وخطاء صريح وسيأتي في النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه وفصل كل التفصيل فليراجع لكن يفرق بين النكاح والرجعة بانه لا يشترط فيها رضى الزوجة ولا شهود ولا مهر وبانه يجوز عودا لامة على الحرة التي تزوجها بعد ما طلق الامة بخلاف النكاح تدبر ( و ) السادس ( الصلح عن مال ) اي بمال بان قال صالحتك على ان تسكنني في الدار سنة مثلا لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا ( و ) السابع ( الابراء عن الدين ) بان قال ابرأتك عن ديني على ان تخدمني شهرا او قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط الا اذا علق بكائن كما قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد ابرأتك صح لانه تعليق بامر كائن وفي البحر وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثا وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب ( و ) الثامن ( عزل الوكيل ) بان قال لوكيله عزلتك على ان تهدى الي شيئا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط الفاسد كما ذكره العينى وفي البحر وتعليقه يقتضى عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندى ان هذا خطاء ايضا فان عزل الوكيل ليس من قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد انتهى وفيه كلام لانه اذا لم يصح تعليقه بالشرط الفاسد فقد بطل بذلك الشرط الفاسد بمعنى انه اذا وجد ذلك الشرط لم يترتب وجوده عليه كما قال بعض الفضلاء وهو جواب بعينه عما اورد في الرجعة وغيرها تدبر ( و ) التاسع ( الاعتكاف ) بان قال اعتكفت ان شفى الله مرضى او ان قدم زيد فلانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل وفي المنح نقلا عن البحر وعندى ان ذكره من هذا القسم خطاء من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لا يصح

دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة مالا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده وذكر بشرط البزازية من هذا القسم فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لايصح ولايلزم وقد ناقض الكمال كلامه فانه جعل ايجاب الاعتكاف مما لايصح تعليقه وعزاه الى الخانية ولم يقل في رواية مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا وهو صريح في صحة التعليق به وتمام تحقيقه في البحر فليراجع لكن ان مالا يصح تعليقه ومالا يصح هو مع الشرط الفاسد هو الاعتكاف نفسه لان النذر به بل النذر به يصح تعليقه بالشرط ويترتب لزومه على تحقق الشرط فلا نفسده كالنذر بسائر العبادات التي يصح النذر بها بخلاف الوضوء وعيادة المريض كما عرف في محله وقد ذكروا بعيد هذا ان الوقف لايصح تعليقه بالشرط ويصح تعليق النذر به فافترقا تدبر (و) العاشر (المزارعة) بان قال زارعتك ارضى على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال ساقيتك شجري اوكرمي على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان لانها اجارة ايضا (و) الثاني عشر (الاقرار) بان قال لفلان على كذا ان اقرضني كذا او ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به بخلاف ما اذا علق بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك الاحتراز من الجحود اودعوى الاجل فيلزمه للحال (و) الثالث عشر (الوقف) بان قال وقفت داري ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به ايضا وفي البحر والوقف في رواية فظاهره ان في صحة تعليقه روايتين وفي الفتح وشرطه ان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لايصير وقفا (و) الرابع عشر (التحكيم) بان يقول المحكمان اذا اهل شهر اوقالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا (عند ابي يوسف خلافا لمحمد) فانه يجوز تعليقه عنده بشرط واضافته الى الزمان كالوكالة والقضاء وله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح لايصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال وفي الخانية الفتوى على قول ابي يوسف ولم يتعرض فيه لقول الامام وقد قال بعض شارحي الكنز فانه لايصح عنده وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامامين (وما) اي الذي (لايبطله الشرط الفاسد) وهو سبعة وعشرون شيئا على ماذكره المص الاول (القرض) بان قال اقرضتك هذه

الدين بشرط ان تخدمني شهرا مثلا فانه لايبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه يختص بالمبادلة المالية والعقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة وفي البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لايلزم (و) الثاني (الهبة) بان قال وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها لي (و) الثالث (الصدقة) بان قال تصدقت عليك على ان تخدمني جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بان قال تزوجتك على ان يكون لك مهر كما عرف في موضعه (و) الخامس (الطلاق) بان قال طلقتك على ان لاتتزوجي غيري (و) السادس (الخلع) بان قال خالعتك على ان يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بان قال اعتقتك على اني بالخيار (و) الثامن (الرهن) بان قال رهنت عندك عبدي بشرط ان استخدمه (و) التاسع (الايصاء) بان قال اوصيت اليك على شرط ان تتزوج ابنتي (و) العاشر (الوصية) بان قال اوصيت لك ثلث مالي ان اجاز فلان ذكره العيني وقال في البحر وفيه نظر لانه مثال تعليقهما بالشرط والكلام الآن في انهما لايبطل بالشرط الفاسد انتهى لكن فيه كلام لان الشرط الفاسد يصدق مع عدم صحة التعليق ومع الصحة ومعناه انه يفسد لوكان لايجوز التعليق به وهنا يجوز فليتدبر (و) الحادي عشر (الشركة) بان قال شاركتك على ان تهديني كذا (و) الثاني عشر (المضاربة) بان قال ضاربتك في الف على النصف في الربح ان شاء فلان اوان قدم زيد ذكره العيني وفي البحر وهو مثال لتعليقهما بالشرط وهذا الذي وقع للعيني دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لواتى بالامثلة التي ذكروها في الابواب لكان انسب انتهى لكن فيه كلام قدقررناه في الوصية تدبر (و) الثالث عشر (القضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على ان لاتعزل ابدا و الرابع عشر الامارة بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على ان لاتركب (و) الخامس عشر (الكفالة) بان قال كفلت غريمك ان اقرضني كذا ماذكره العيني وفي البحر وهومثال لتعليقها بالشرط انتهى والجواب قدمر تدبر (و) السادس عشر (الحوالة) بان قال احلتك على فلان بشرط ان لاترجع عليه عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بان قال وكلتك ان ابرأتني عن مالك على ذكره العيني وفي البحر وهومثال تعليقها بالشرط انتهى وقدمر الجواب تدبر (و) الثامن عشر (الاقالة) بان قال اقلتك عن هذا البيع ان اقرضتني كذا ذكره العيني وفي البحر نقلا عن القنية لايصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما لوتقايلا باقل من الثمن الاول

او بجنس آخر لم تفسد ووجب اقل الاول وهو مثل انها لم تبطل بالشرط وامامار كره المحشي فقال العلامة نوح وفيه كلام قدمر مرارا (و) التاسع عشر (الكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تقاتل فلانا او على ان لا تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح و يبطل الشرط وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد واما اذا كان داخلا بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوه فانها تفسد به على ما عرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بان قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة على ان تتجر الى شهر او سنة ونحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط والاسقاطات لا تتوقف (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بان يقول المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني لان النسب مما يحتاط في ثبوته (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات ولا يحتمل الشرط وكذا الابراء عنه ولم يذكره اكتفاء به (و) الثالث والعشرون (الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء او اهدائه وقيده صاحب الدرر بالتي فيها القصاص فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل الخطأ يكون من القسم الاول (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بان قال الامام لحربي اطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل كما في البحر وهو كما لا يخفى مثال لتعليق عقد الذمة بالشرط والبحث الذي اعترض المحشي مرارا فيه فعليك بالتأمل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا اردّه عليك ان شاء فلان مثلا (او بخيار الشرط) وهو السادس والعشرون اي وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع او قال اسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط كما في البحر وفيه كلام لان تعليق الرد بالعيب باطل وله الرد بالعيب وفي خيار الشرط صح بالشرط ومثل في الخلاصة للاول بقوله بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت بالعيب وللثاني بقوله او قال ابطلت خياري اذا جاء غد انتهى ومقتضاه انه اذا قال ذلك بطل خياره اذا جاء غد فقال صاحب البحر يبطل الشرط ليس بظاهر تدبر (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط كما في البحر لكن يرد عليه ان هذا

مثال للتعليق بالشرط كما مر آنفا والمص لم يذكر ما تصح اضافته الى المستقبل وما لا تصح واقتصر من القاعدة على ماذكر لكن قال فى التنوير والغرر وما تصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما لا تصح اضافته الى المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين فان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

## ( كتاب الصرف )

وجه المناسبة بالبيع وتأخيره ظاهر ( هو ) لغة النقل والزيادة وشرعا هو ( بيع ثمن بثمن ) اى ما خلق للثمنية ( تجانسا ) كبيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب ( اولا ) كبيع الذهب بالفضة او بالعكس ودخل تحت قولنا ما خلق للثمنية بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف لانه خلق للثمنية ( وشرط فيه ) اى فى الصرف اى شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده وهو الصحيح المختار كما فى البحر ( التقابض قبل التفرق ) بالابدان حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا فى جهة واحدة ثم تقابضا قبل الافتراق صح وكذا لو طال قعود هما فى مجلس الصرف او ناما او اغمى عليهما فيه ثم تقابضا بخلاف خيار المخيرة اذ التخيير تمليك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله والمعتبر افتراق العاقدين حتى لو كان لكل من الرجلين على صاحبه دين فارسل رسولا فقال بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد تتعلق بالمرسل لا بالرسول وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز لانهما متفرقان بابدانهما كما فى البحر ( وصح بيع الجنس بغيره ) يعنى الذهب بالفضة او بالعكس ( مجازفة وتفضلا ) ان تقابضا فى المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل القبض بطل لفوات الشرط والمراد بالقبض القبض بالبراجم لا بالتخلية ( لا بيعه ) اى بيع الجنس ( بجنسه ) لا مجازفة ولا بتفضل ( الا متساويا ) لما مر فى الربوا لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وفى المجازفة احتمال الربوا فلا يجوز ( وان ) وصلية ( اختلفا جودة وصياغة ) لان المماثلة

في الاوصاف ليست بشرط أو لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء ولا فرق في ذلك بين ان يكونا تامتين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او تعين احدهما دون الآخر وفي البحر اذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما جيدا بدرهم ردي يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا ثم فرعه بقوله (فان بيع) الجنس بالجنس (مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز) والا فلا والقياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر ان عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده وانما قال بيع الجنس بالجنس لان وضع المسئلة فيه قال في البحر وغيره لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان تساويا قبل الافتراق صح وبعده لا على انه مسئلة اختلاف الجنس قد تقدمت آنفا فلا حاجة الى التكرار وعلى هذا ظهر فساد ما قيل في تفسير قوله فان بيع اى الذهب بالفضة مجازفة ثم علم التساوي قبل التفرق جاز لاختلاف الجنس تدبر (ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه) اذ كل واحد منهما ثمن من وجه وهذا القدر يكفي في سلب الجواز لان الشبهات ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات ثم فرعه بقوله (فلو باع ذهبا بفضة واشترى بها) اى بالفضة (ثوبا قبل القبض فسد بيع الثوب) لفوات القبض الواجب في بدل الصرف ولان الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الاولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قيل لانم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمينة واجيب بان ذلك في الاثمان الجارية لا في الاثمان الخلقية والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر (ولو اشترى امة تساوي الفا مع طوق) من فضة (قيمته الف بالفين) متعلق باشترى (ونقد) المشتري من الثمن (الفا فهو ثمن الطوق) لان قبض ثمن الصرف واجب حقا للشرع وقبض ثمن الامة ليس بواجب فالظاهر هو الاتيان بالواجب (ولو اشتراها) اى الامة التي معها طوق (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل في الصرف باطل وفي البيع جائز فيصرف الاجل الى الامة دون الطوق اذ المباشرة على وجه الصحة لا على وجه البطلان ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد في الكل قيد بتاجيل البعض لانه لو اجل الكل فسد البيع في الكل عند الامام وقالا يفسد في الطوق دون الامة كما في البحر (ومن اشترى سيفا حليته خمسون) اى تساوي خمسين درهما (بمائة) متعلق باشترى (ونقد خمسين فهي حصة الحلية وان) وصلية (لم يبين) المشتري حصة الحلية لان حصة الحلية يجب قبضها في المجلس والظاهر من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم يجوز (او قال هي من ثمنهما) لان هذا قول المشتري خذ هذا من ثمنهما خذ بعضا من ثمن مجموعهما وثمن الحلية

بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلبا للجواز وقيل معناه خذ هذا على انه ثمن كل منهما ولبس الحال كذلك فيكون من قبيل ذكر الاثنين وارادة الواحد كما قال الله تعالى نسيا حوتهما وقال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان وهنا صورتان احديهما ان يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شئ واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الزيلعي وفي البحر معزيا الى المبسوط او قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع عن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له في بيان جهته وفي السراج او قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها تدخل في بيعه تبعا ولو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة ويمكن التوفيق بان يحمل ما ذكره الزيلعي على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج واما ما في المبسوط فانما قال خاصة وحينئذ كانه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل انتهى قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين او اقل منها لم يجز للربوا وان باعه بفضة لم يدروزنها لم يجز ايضا لشبهة الربوا خلافا لزفر ففي ثلاثة اوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو ما اذا علم ان الثمن ازيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل خلافا للائمة الثلاثة هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية فان كان من خلافها جاز كيف ما كان لجواز التفاضل ولا خصوصية للحلية مع السيف بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب او الفضة وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه (وان تفرقا) اي المتعاقدان (بلا قبض) شئ (صح) البيع (في السيف دونها) اي دون الحلية (ان تخلص) السيف عن الحلية (بلا ضرر) لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والامة (والا) اي وان لم يتخلص بلا ضرر (بطل) البيع (فيهما) اي في السيف والحلية لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف

وفي البحر تفصيل فليراجع (وإن باع إناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض بعض
ثمنه ثم افترقا) قبل قبض الكل (صح) العقد (فيما قبض فقط) لوجود شرطه
وهو القبض فيبطل بالافتراق ويبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط (والإناء
مشترك بينهما) لأن عقد الصرف وقع على كله أولا ثم طرأ الفساد
على ما لم يقبض وهو لا يشيع على ما وجد فيه القبض خلافا للشركة في الكل
بالتراضي والإمام يفرق الصفقة قبل التمام لأن صفقة الصرف تتم بالتقابض
والوقف للمصنف ولا خيار للمشتري مثلا في هلاك أحد العبدين قبل القبض
كما في البحر (وإن استحق بعضه) أي بعض الإناء (أخذ المشتري ما بقي بحصته
أو رده) لأن الشركة عيب في الإناء لأنه يتبعض بتبعضه وكان ذلك بغير صنعه
فيتخير بخلاف ما مر لأن الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن
وإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم انعقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع
من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز
فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز أطلق في خيار فشمل ما قبل القبض وبعده
كما في البحر (وإن استحق بعض قطعة نقرة) وهي القطعة المذابة من الذهب
أو الفضة (أخذ) المشتري (الباقي بحصته بلا خيار) لأن الشركة
ليست بعيب في النقرة إذ لا يلزم الإناء من التبعيض فلم يتضرر المشتري بالشركة
فيها هذا لو كان الاستحقاق بعد قبضها أما لو كان قبل قبضها فله الخيار لتفرق
الصفقة عليه قبل التمام كما في البحر والدرهم والدينار نظير النقرة لأن الشركة
في ذلك لا تعد عيبا (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) استحسانا
عندنا بصرف الجنس إلى خلافه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم
وقال زفر والأئمة الثلاثة لا يجوز هذا العقد أصلا (و) صح أيضا (بيع
كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير) بأن يجعل كر البر بكري شعير وكر الشعير بكري
بر ولو صرفا إلى جنسه فسد وفي البحر تفصيل فليطالع (و) صح (بيع أحد عشر
درهما بعشرة دراهم ودينار) بأن يجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم
تصحيحا للعقد وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت مما قبلها
لبيان أنه لا يشترط أن يكون الجنسان من الطرفين بل إن كانا في طرف واحد
فكذلك (و) صح بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة) للتساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة وفيه خلاف زفر
والأئمة الثلاثة أيضا وفي الإصلاح فقد ذكر صاحب الوقاية هنا مسائل
من مسائل الربا وردها إلى بابها أولى انتهى ويمكن الجواب بأن يقال قد شرط
التماثل في الصرف فرارا عن الفضل المؤدي إلى الربا فذكر مسألة بيع درهمين

ودينار وبيع كر بر وبيع درهم صحيح في الصرف لان مبناه على الجواز لا في باب الربوا لكون مبناه على عدم الجواز (و) صح بالاجماع (بيع دينار بعشرة هي) اى العشرة (عليه) وتقع المقاصة بنفس العقد لان الدين لم يجب بعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربوا في دين سقط (او بعشرة مطلقة) اى صح استحسانا عندنا ان باع الدينار ممن عليه عشرة دراهم ولكن لم يضف العقد الى ما في ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه (ان دفع الدينار وتقاصان العشرة بالعشرة) والقياس عدم الجواز وهو قول زفر والائمة الثلثة لكونه استبدالا وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا فثبت الاضافة اقتضاء كما لو جدد البيع باكثر من الثمن الاول قيل هذا اذا كان الدين سابقا اما اذا كان لاحقا فكذلك يجوز في اصح الروايتين وذلك بان باع دينارا بعشرة دراهم ثم باع مشتري الدينار ثوبا منه بعشرة وتقاصا ثم الظاهر ان قوله وتقاصان معطوف على قوله ان دفع فيقتضي سقوط نون التثنية الا ان يقال انه استيناف لكنه بعيد ولو قال وتقاصا بصيغة المضي كما وقع في سائر الكتب لكان اسلم تدبر (وما غالبه الفضة او الذهب فضة وذهب) لف ونشر مرتب حكما اذ الحكم في الشرع للغالب لان الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية والدينار عن الدينارية لان النقود المستعملة بين الناس لا يخلو عنه ثم فرع بقوله (فلا يجوز بيع الخالص به) اى بغالب الفضة او بغالب الذهب (ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا) استثناء من مجموع ما في حيز قوله فلا يجوز (ولا يجوز استقراضه الا وزنا) كما في الجياد (وما غلب عليه الغش منهما) اى من الذهب والفضة بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر (فهو في حكم العروض) لا في حكم الدراهم والدنانير اذ الحكم للغالب في الشرع ثم فرعه بقوله (فبيعه) اى ما غلب عليه الغش (بالخالص على وجوه حلية السيف) لانه اذا كانت زيادة الخالصة معلومة يجوز البيع ان تقابضا قبل الافتراق وتكون الفضة بالفضة والزيادة في مقابلة الغش هو النحاس وغيره على مثال بيع الزيتون بالزيت اما اذا كانت الخالصة مثل ما في المغشوش او اقل او لم يعلم ايهما اقل فلا يجوز كما هو حكم حلية السيف على ما بيناه في موضعه (ويصح بيعه) اى بيع الذي غلب غشه (بجنسه متفاضلا) صرفا للجنس الى خلافه (بشرط التقابض في المجلس) في الصورتين او لوجود الفضة من الجانبين ومتى شرط القبض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم التميز عنه الا بضرر هذا اذا عرف ان الفضة تخلص عند اذابة المغشوشة ولا تحترق اما اذا عرف انها تحترق وتهلك كان حكمها حكم النحاس الخالص ولا يجوز

بينهما يتبين بها متفاضلا (وبما صح التبايع والاستقراض (فان روج ذلك) اى جميع
قليل الفضة منها بعضها او بعضه (وزنا) وان كان يروج وزنا (او عددا)
ان كان يروج عددا (او بهما) اى بكل منهما ان كانت تروج بهما لان المعتبر
فيما لانص فيه العادة (ولا يتعين بالتعيين) مادام يروج (لكونه ثمنا)
بالاصطلاح فلا يتعين قبل التسليم لابطال العقد بينهما و... عليه
(ولو اشترى به) اى بالذى غلب غشه وهو نافق (فكسد) قبل النقد (بطل
البيع) عند الامام لان الثمنية ثبتت لها باصطلاح الاجناس فاذا كسدت ترجع
الى اصلها ولم يبق ثمنا فيبقى البيع بلا ثمن ويجب على المشترى رد المبيع
ان كان قائما ومثله او قيمته ان كان هالكا (وقالا لا يبطل البيع) لان الثمن ثابت
بالذمة والكساد عرض على الاعيان دون الذمة ولما لم يتمكن من تسليم الثمن بكساده
تجب قيمته وعن هذا قال (وتجب قيمته) اى قيمة الذى غلب غشه يوم البيع
(عند ابى يوسف) لانه مضمون بالبيع فيعتبر قيمته فى ذلك الوقت كالمغصوب
وفى الذخيرة الفتوى على قول ابى يوسف (و) قيمته (آخر ما تعومل به
عند محمد) اى قيمته يوم ترك الناس المعاملة لان العدول منه الى القيمة
انما كان بالانقطاع فيعتبر يومه وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع
البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب فيتخير البائع وحد
الانقطاع ان لا يوجد فى السوق وان وجد فى يد الصيارفة او فى البيوت كذا فى
البحر ولم يذكر ما اذا نقصت قيمتها قبل القبض او غلت وفى البزازية ولو نقصت
قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت
قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك
العيار الذى كان وقت البيع (وما لا يروج منه) اى من الذى غلب غشه
كالرصاص والستوقة (يتعين بالتعيين) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح
وبقى النص ان ذكر عقب قوله ولا يتعين بالتعيين لكونه ثمنا كما وقع
فى سائر الكتب انسب (والمساوى الغش كغالبه فى التبايع والاستقراض)
فلا يجوز البيع به ولا اقراضه الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا ينقض العقد
لان الخالص فيه موجود حقيقة ولم يصر مغلوبا فيجب الاعتبار بالوزن شرعا
واذا اشير اليه فى المبايعة كان بيانا لقدره ووصفه ولا يبطل البيع بهلاكه قبل
القبض ويعطيه مثله لكونه ثمنا لا يتعين كما فى البحر (وكذا فى الصرف)
اى المساوى الغش كغالبه فى الصرف ايضا حتى لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا (وقيل كغالبه) اى كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
ولو بيعت بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه من الفضة لانه

لاغلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما ( ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان ) وصلية ( لم يتعين ) لانها اموال معلومة وصارت اثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع فوجبت في الذمة كالنقدين ولا يتعين وان عينها كالنقد الا اذا قال اردنا تعلق الحكم بعينهما فحينئذ يتعلق العقد بعينهما بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لولم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا واصله ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما كما في البحر ( فان كسدت ) اي اشترى بها شيئا فكسدت قبل التسليم ( فالخلاف في كساد المغشوش ) يعني يبطل البيع عند الامام خلافا لهما هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر كما في اكثر شروح الهداية لكن في الفتح جواب حاصله لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبه الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به ( ولو استقرضها ) اي الفلوس ( فكسدت يرد مثلها ) اي اذا كانت هالكة عند الامام واما اذا كانت قائمة فرد عينها بالاجماع لان المردود في القرض يجعل عين المقبوض حكما والا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة وانه حرام فلا يشترط فيها الرواج ( وعند ابي يوسف قيمتها ) اي قيمة الفلوس ( يوم القرض وعند محمد يوم الكساد ) وقول ابي يوسف ايسر للفتوى لان يوم القبض يعلم بلا كلفة وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمتها يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول الامام لا الى المفتي لان يوم الكساد لا يعرف الا بحرج ( ولا يجوز البيع بغير النافقة ما لم يتعين ) لانها سلعة فلا بد من تعيينها ( ومن اشترى بنصف درهم فلوس او دانق ) بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم او على نصف وهو الظاهر ( فلوس او قيراط ) وهو نصف الدانق ( فلوس جاز البيع ) عندنا وكذا بثلث درهم او ربعه ( وعليه ) اي على المشتري ( ما يباع بنصف درهم او دانق او قيراط منها ) اي من الفلوس فقوله من الفلوس بيان لما يباع لان التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدي الى النزاع واقتصر الاصل على ما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه ابو يوسف للعرف وهو الاصح كما في الكافي ( ولو دفع الى صيرفي ) وهو من يميز الجودة من الرداءة ( درهما

وقال الامام بهذا فلوسا وبنصفه نصف درهم) اي ما يعادل من فضة مثل نصف
درهم (الا حبة فسد البيع في الكل) عند الامام لان الفساد
قوي في البعض وهو قوله بنصفه درهم الا حبة لكونه الربا لانه باع الفضة
بفضة متفاضلا وفي الحاشية فيسري الى الشق الآخر وهو الفلوس لاتحاد
الصفقة (وعندهما صح) البيع (في الفلوس) وبطل فيما يقابل الفضة
واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى
لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه الا حبة صح واجمع في الفلوس
وبطل فيما بقي عندهما كان الخلاف فيما قال (ولو كرر اعطني صح
في الفلوس اتفاقا) لانه لما كرر صار عقدين وفي الكافي وهو اوجه واشد ايرادا
يوجب فساده آخرون الخ قال ابو نصر الاقطع هذا غلط من الناسخ
لان عقد ... عند الامام وعندهما جاز في الفلوس فاسد في حق الصفقة
الآخر فحمل الخلاف في الصفقة الواحدة اذا صحت بالصحيح والفاسد
وفي بعض الشروح وجواب فليتأمل (ولو قال اعطني به) اي بالدرهم
(نصف درهم فلوس) على القول بعدم قال ابن الهمام يجوز في الفلوس
الا ... الدرهم وبنصفه نصف ويجوز على رواية ان يكون ... الصفقة
والامر على الجواز (وعندهما الاحبة صح في الكل والنصف) والاول بالجواز
الا ... (الا حبة ... الفلوس الثاني) ثم ذكر الثمن ولم ... على اجزاء
الثمن فيكون الصف الاحبة في مقابلة منه وما بقي من نصف ... في مقابلة
الفلوس وفي التنوير والاموال ثلاثة ثمن بكل حال وهو النقدان ... او لا
... او ... بكل حال كالثياب والدواب وثمن من وجه مبيع من وجه
كالمكيل ... ان ... الثمن وفي الاصح واما الفلوس فان كانت
رائجة ... بالثمن والا ... ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملكه
... وعدم بطلان العقد بهلاك الثمن وصح الاستبدال به في غير
الصرف والسلم وحكم المبيع خلاف الثمن في الكل

( كتاب الكفالة )

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها لا تكون الا في المبايعات غالبا ولانها اذا كانت
بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي
معاوضة وهي في اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه
وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها
وفي الشرع (ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة) اي الى ذمة الاصيل

(في المطالبة) وفي المنح واصله ان الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال اولا كما في الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينظمهما هذا على رأى بعضهم وجزم مسكين في شرح الكنز بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم النفس والكفيل قد التزمه اذا علمت هذا ظهر لك انه لا يحتاج الى قول صاحب الدرر في مطالبة النفس او المال او التسليم لان المطالبة تشمل ذلك انتهى لكن فيه كلام لان صاحب الدرر قال بعده وانما اخترت تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا ولا صراحة فيما نقل صاحب المنح عن المسكين بل على طريق الشمول والتصريح اولى في التعريف تدبر (لا في الدين) كما قاله بعضهم لكنه (هو) اي كونه ضم ذمة الى ذمة في المطالبة (الاصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لما ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وهو قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما في العناية وغيرها لكن فيه كلام لان معنى قلب الحقايق عند المحققين انقلاب واحد من الواجب والممتنع والممكن الى الآخر والدين فعل واجب في الذمة وهو ههنا تمليك مال بدلا عن شيء كما في القهستاني وقال المولى اخي في حاشيته تعليل صاحب العناية يعطي عدم صحة الثاني مع ان مقتضى صيغة التفضيل صحته اللهم الا ان يلغى معنى الافضلية فيها كما صرح به في شرح المفتاح فكانه قال الصحيح الاول فاندفع ماذكر صاحب الدرر انتهى هذا مخالف لاصطلاح الفقهاء فانهم لا يستعملون الاصح في معنى الصحيح بل في مقابلة الصحيح تدبر (ولا تصح) الكفالة (الا ممن يملك التبرع) لانه عقد تبرع ابتداء فلا تصح من العبد والصبي والمجنون لكن العبد يطالب بعد العتق كما في الخلاصة هذا بيان اهلها واما ركنها فايجاب وقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الآخر القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس وشرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وفي الدين كونه صحيحا وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الاصيل نفسا اومالا والمدعي مكفول له والمدعى عليه مكفول عنه والنفس اوالمال مكفول به والمكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد (وهي) الكفالة (ضربان) كفالة (بالنفس و) كفالة (بالمال) خلافا للشافعي في الكفالة بالنفس اذ عنده لا تجوز الكفالة بالنفس في قول لانه غير قادر على تسليم

المكفول له حيث لا شفاء له بل تأمه وبداوته بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها الا يقال لا غرم في كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما ويمكن الاول بتوجيهها بان يخلي بينه وبينه على وجه لا يقدر ان يمتنع عليه او ان يستعين باعوان القاضي على تسليمه مع ان الظاهر انه انما يكفل بنفس من يقدر على تسليمه ويتماون له وايضا الزام الشيء على نفسه يصح وان كان لا يقدر على الملتزم عليه غالبا كمن نذر ان يحج الف حجة يلزمه ذلك وان كان لا يعيش الف سنة (فالاولى) اي كفالة النفس (تنعقد بكفلت بنفسه ورقبته ونحوهما) اي نحو الرقبة (مما يعبر به عن) جميع (البدن) عرفا كالبدن والجسد والروح والرأس والوجه والعنق والعين والفرج اذا كانت امرأة بخلاف اليد والرجل او بجزء شائع منه كنصفه او عشره او ثلثه او ربعه او نحوها لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها وفي السراج واو اضاف الجزء اليه بان قال الكفيل كفلت لك نصفي او ثلثي فانه لا يجوز (و) ينعقد (بضمنته) اي بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاه (او هو علي) لان كلمة على للالزام فكانه قال انا ملتزم تسليمه (او الي) لان الي بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيالا فالي وروي فعلي لكونهما بمعنى (او انا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل (او قبيل به) اي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق (لا) تنعقد (بانا ضامن لمعرفته) لانه التزام معرفته دون المطالبة وقال ابو يوسف يصير ضامنا للمعرفة وقال ابو الليث هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما روي عنهما وبظاهر الرواية يفتى كما في اكثر الكتب وفي التنوير وتنعقد بقوله انا ضامن حتى يجتمعا او يلتقيا ويكون كالي الى الغاية وقيل لا ينعقد لعدم بيان المضمون هل هو نفس او مال قيد بالمعرفة لانه لو قال انا ضامن تعريفه او دلالتي على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه اللزوم كما في البحر ولو قال انا ضامن لوجهه فانه يؤخذ بوجهه به ولو قال انا اعرفه لا يكون كفيلا وكذا لو قال انا كفيل لمعرفة فلان ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه ان يدل عليه كما في الخانية ولو قال فلان آشناه منست او آشناست صار كفيلا بالنفس عرفا وبه يفتى في المضمرات (وصح اخذ كفيلين واكثر) لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهو يحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل آخر

وآخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فما فوقها
(ويجب فيها) اي في الكفالة بالنفس على الكفيل (احضار المكفول به)
وهو النفس (اذا طلبه المكفول له) وهو المدعي وفاء بما التزمه (فان لم يحضره)
اي ان لم يحضر الكفيل المكفول به بعد الطلب بغير عجز (حبس) على صيغة
المبني للمفعول اي حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه
اول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل هذا
اذا اقر بالكفالة بالنفس اما اذا انكرها وثبتت بالبينة عند الحاكم فيحبسه اول مرة
في ظاهر الرواية قال الخصاف لا يحبسه اول مرة ولو ثبت بالبينة وقيدنا بغير عجز
لانه ان عجز فلا حبس بل يلازمه الطالب (وان عين) اي الكفيل (وقت تسليمه)
اي المكفول به (لزمه) اي الكفيل (ذلك) اي احضار المكفول به (فيه)
اي في الوقت الذي عينه (اذا طلبه) المكفول له في ذلك الوقت او بعده لانه
التزمه كذلك (فان سلمه) اليه (قبل) مجيء (ذلك الوقت برئ) الكفيل
وان لم يقبله المكفول له لانه ما التزم تسليمه الامرة وقد اتى به وفي المنح اذا كفل
الى ثلاثة ايام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية وبه
يفتى واذا قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام صار كفيلا في الحال
فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال انا كفيل بنفسه الى عشرة فاذا مضت
العشرة فانا بريء قال ابن الفضل لا مطالبة عليه بها لا فيها ولا بعدها وقال
ابو الليث الفتوى على انه لا يصير كفيلا وهذا حيلة لمن يلتمس منه الكفالة
ولا يريد ان يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كما في البحر
(فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه) وهو مقيد
بما اذا اراد الكفيل السفر اليه فان ابى حبسه للحال من غير امهال كما في البزازية
(فان مضت) المدة (ولم يحضره) مع امكان الاحضار (حبسه) الحاكم لما ذكرناه
(وان غاب) المكفول به (ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز فعلى هذا
اذا التجأ الى باب الجائر ينبغي ان لا يطالب به لتحقق العجز كما في الزاهدي وفي البحر
ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب او ببينة فان اختلفا
ولا بينة فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة
معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك
الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل ولو علم ان المكفول به
ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل ولا تبطل باللحاق بدار الحرب وهو مقيد
بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة انهم يردون
اليه المرتد والا فلا ثم كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب

او يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر (وتبطل) الكفالة بالنفس
(بموت الكفيل) لحصول العجز الكلي عن التسليم بعد موته ووارثه لا يقوم
مقامه لان الخلافة فيما له لا فيما عليه بخلاف الكفالة بالمال كما في الهداية وغيرها
لكن في السراج نقلا عن الكرخي لا تبطل بموت الكفيل ويطالب ورثته باحضاره
(و) تبطل بموت (المكفول به) لامتناع التسليم (ولو) كان المكفول به
(عبدا) انما قال هذا لتوهم ان العبد مال يطالب به وكفل بنفسه رجل
اما اذا كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وعليه قيمته (دون موت المكفول له
بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل) اى اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل
الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره
فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته فان سلمه احد الوصيين برئ في حقه
والآخر مطالبته وفي منظومة ابن وهبان انها تبطل بموت الطالب والمعروف
في المذهب خلافه كما في البحر (ويبرأ) الكفيل بالنفس (اذا سلمه) اى سلم
المكفول به الى المكفول له حيث يمكن مخاصمته كما اذا سلمه في مصر سواء قبله
الطالب اولا (وان) وصلية (لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لانه موجب العقد
العقد المراد فيثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين واطلاقه شامل
ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة اولا ان طالبه به واما اذا لم يطالبه به فلا بد
ان يقول ذلك ويبرأ بتسليم وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه
(وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته) هذا قيد في الجميع يعني لا يبرأ الكفيل
حتى يقول له المكفول سلمت نفسي اليك من الكفالة والوكيل والرسول
كالمكفول لا بد من التسليم عنها والا لا يبرأ كما في المنح فعلى هذا ظهر ضعف
ما قيل من انه متعلق بتسليم المكفول به نفسه فقط تدبر هذا اذا كان بغير طلب اما اذا
كان بعد طلبه فلا يشترط ان يقول سلمته بحكم الكفالة كما مر آنفا فينبغي
لصاحب المنح التفصيل تأمل قيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه اجنبي بغير امر
الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا
(فان شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه في السوق) اى في سوق المصر
(قالوا برأ) لحصول المقصود بحضرة اعوان الحاكم (والمختار في زماننا انه لا يبرأ)
سواء كان في سوق ذلك المصر او في سوق مصر آخر وهو قول زفر وبه يفتى
في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق ولمعونة الفسقة على الخلاص منه والفرار
فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وهذه احدى المسائل التي يفتى بقول زفر وان سلمه
في مصر آخر لا يبرأ عندهما لانه قد يكون شهوده فيما عينه او يعرف ذلك
القاضي حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر (ويبرأ عند الامام) ان كان فيه

سلطان اوقاض وكانت غير مقيدة بمصر لامكان احضاره الى مجلس القاضى وفى البحر نقلا عن القنية كفل بنفسه فى البلد وسلمه فى الرساتيق صح ان كان فيها حاكم وقال العلاء التاجرى والبدر الطاهر لا يصح قال وجز انهما احسن لان اغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل انتهى هذا فى زمانهم اما فى زماننا فاكثر قضاة مصر مثل قضاة رساتيق خوارزم اصلحهم الله تعالى بلطفه وكرمه ( وان سلمه فى برية اوفى السواد ) اى فى القرية التى ليس لها حاكم ( لايبرأ ) لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة ( وكذا لايبرأ ( ان سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب ) قيل هذا اذا كان فى سجن حاكم اخر لعدم الامكان على المخاصمة واما اذا كان فى سجن قاض وقع مخاصمته بين يديه فيبرأ عن الكفالة سواء كان مسجونا له اوغيره لان الحاكم قادر على الاحضار للخصومة ثم يعيده الى السجن (فان كفل رجل بنفسه ) اى المديون بمال كذا ( على انه ) اى الكفيل ( ان لم يواف ) اى ان لم يأت الكفيل المكفول له ( به ) اى المكفول عنه يقال وافاه اى اتاه من الوفاء عدى المص الى المفعول الثانى بالباء على ماهو القياس عند البعض ( غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به غدا ) مع قدرته عليه ( لزمه ) اى الكفيل بالنفس (ما عليه ) من المال عندنا لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة اذ الكفالة تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام اذ لا يقابله شئ وتشبه البيع انتهاء باعتبار الرجوع فيكون مبادلة المال بالمال فان علق الكفالة بغير ملايم مثل هبوب الريح لم تصح كالبيع وان بملايم متعارف مثل عدم الموافاة فى وقت تصح كالنذر مع ان هذا التعليق ليس فى وجوب المال بل فى وجوب المطالبة وقال الشافعى لا تصح لانه ايجاب المال بالشرط ولا يجوز ( وان ) وصلية ( مات ) المكفول به قبل الحضور فيضمن الكفيل المال اذ يثبت بموته عدم الموافاة به ولومات الكفيل قبل الحضور يضمن وارثه المال ولومات المكفول له يطالب وارثه ( ولا يبرأ ) الكفيل ( من كفالة النفس ) بوجود الكفالة بالمال فى هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبلها ولا تنافى كما لو كفلهما وانما قلنا مع قدرته عليه لانه اذا عجز لا يلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب لما فى الكافى وغيره فان مات المكفول عنه قبل مضى الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد انتهى فعلى هذا تقييد صاحب الفتح بقوله بعد الغد مخالف لما فى الكافى وغيره تتبع وفى التنوير ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل ( ومن ادعى على اخر مائة دينار بينها ) اى بين صفتها على وجه تصح الدعوى بانها سلطانية اوافرنجية ( اولم يبينها

فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به) اى بالمكفول به (فعليه المائة
ولم يواف به غدا لزمه المائة) عند الشيخين لتحقق الشرط لان الكفيل لم يعرف
المال باللام حيث قال فعليه المائة فحمل على الاصل وهو العهد فينصرف
الى المال الذى على المدعى عليه فيخرج عن احتمال مال الرشوة لان المدعى لم يبين
المال المدعى فى غير مجلس القضاء حذرا عن حيلة خصمه فان بين قبل الكفالة
فحكمه ظاهر وان بين بعدها يلتحق البيان الى المحل وصار كأن المال مبينا
عند الدعوى قبل الكفالة فتبين صحة الكفالة الاولى ويترتب عليها الاخرى
ويكون القول قوله فى البيان اذا اختلفا فيه لانه يدعى صحة الكفالة (خلافا
لمحمد) قيل عدم الجواز عنده بناء على انه اطلق المال ولم ينسبه الى المال الذى على
المدعى عليه فعلى هذا لا فرق بين بيان المدعى المال وعدم بيانه وقيل بناء على انه
لما لم يبين المدعى لم تصح الدعوى ولم يستوجب احضار المدعى عليه الى مجلس
القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليه فعلى
هذا ان بين تكون الكفالة صحيحة ونقل فى الفتح عن قول ابى يوسف اختلاف
الرواية (ولا يجبر على اعطاء كفيل فى حد وقصاص) يعنى لو طلب مدعى
القصاص او حد القذف من القاضى ان يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه حتى
يحضر البينة فالقاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الامام
بعد ما لقوله عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الحدود كلها
على الدرء بالشبهة فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة (فان سمحت به نفسه)
اى او تبرع المدعى عليه باعطاء كفيل بلا طلب فى حد القذف والقصاص
(صح) بالاجماع لان تسليم النفس واجب عليه للطالب فيجوز اعطاء الكفيل
بطيب نفسه (وقالا يجبر فى القصاص) لان الغالب فيه حق العبد (وحد
القذف) لان فيه حق العبد وان لم يقدر على الاعطاء يأمره بالملازمة معه لا الحبس
وهو المراد بالجبر هنا عندهما والحق المحض حد السرقة انهما بخلاف سائر
الحدود لانها خالصة لله تعالى ومندرئة بالشبهات فلا حاجة الى الجبر على اعطاء
الكفيل للاستيثاق فى حقه تعالى بالاتفاق ويجبر فى دعوى القتل الخطاء
على الاعطاء والجروح به لان موجبها المال وكذا يجبر فى التعزير (فان شهد
عليه) اى على المدعى عليه (مستوران) اى غير معلوم فسادهما (فى حد او قود
حبس وكذا) يحبس (ان شهد عدل واحد) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس
هنا للتهمة والتهمة تثبت باحدى شطرى الشهادة وهو العدد فى المستور
او العدالة فى الواحد بخلاف الحبس فى الاموال لانه غاية عقوبة فيها فلا يثبت
الا بحجة كاملة واذا لم يقدر المدعى على اقامة البينة بما ادعاه ولا على اثبات التهمة

حتى قام القاضى عن مجلس القضاء خلى سبيله (خلافا لهما فى رواية) اى فى هذه المسألة عنهما روايتان فى رواية يحبس ولا يكفل كما بيناه وفى رواية يكفل ولا يحبس لعدم ثبوت القذف او القيد بالحجة التامة (وصح الرهن والكفالة بالخراج) اذ الامام وظفه الى وقت معين على ما يراه بدلا عن منفعة حفظ المال فيصير دينا فى الذمة ويجوز فيه الكفالة بالنفس بناء على صحة الكفالة بالخراج هو المال بخلاف الزكوة لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت ثم شرع فى الكفالة بالمال فقال (والكفالة بالمال صحيحة ولو) كان المال (مجهولا اذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع فانها تبرع ابتداء فيحتمل فيها جهالة المال بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة وسيأتى وفى الاصلاح والمراد من الابراء ما يعم الحكمى وهو ان يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطها بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور وفى المنح ومما يشكل على هذا الاصل الكفالة بالنفقة المفروضة غير المستدانة فانها صحيحة مع ان دين النفقة ليس بصحيح لانها تسقط بموت احدهما وبطلاق ولم ار من اجاب عن هذا والظاهر انه اخذ فيه بالاستحسان للحاجة اليه لا بالقياس وقيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له لانها مانعة وتمامه فى البحر فليطالع (بتكفلت) متعلق بقوله صحيحة (عنه) اى عن فلان (بالف) درهم هذا نظير ما كان معلوما (او بمالك عليه) اى بالذى ثبت لك عليه اى فلان هذا نظير ما كان مجهولا (او) تكفلت (بما يدركك) اى يلحقك (فى هذا البيع) من ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع او ضمان المبيع ان لحقه آفة فالمكفول به مجهول لاحتمال استحقاق الكل او البعض فيضمن الكفيل الكل والبعض وفى السراج فاذا استحق المبيع كان للمشترى ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان له ذلك واجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء (وكذا) تصح (لو علقها) اى الكفالة (بشرط ملايم) اى شرط موافق وهو ان يكون الشرط سببا لوجوبه وعبر عنه بالشرط مجازا (كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا) اى ان بعت شيئا من فلان فانى ضامن للثمن لا ما اشتريته فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز فى شرطية كما بعده وهذا من امثلة الكفالة بالمجهول وفى المبسوط ولو قال اذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه بعد ذلك بالف درهم

لزم الكفيل الاول دون الثاني لان حرف اذا لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل اذا متى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ وانما قال ما بايعت لانه لو قال بايع فلانا على ان ما اصابك من خسران فعلى لم يصح ( او ما غصبك ) اى ان غصب منك فلان فعلى هذا من امثلة المجهول ايضا وفي البحر او قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند الشيخين وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له ( او ما ذاب ) اى ثبت او وجب من الديون ( لك عليه ) اى على فلان شئ فعلى ( او ان استحق المبيع فعلى ) جواب الجميع اى ان استحق المبيع مستحق فعلى الثمن كان استحقاق المبيع شرطا لوجوب الحق في ذمته وجاز التعليق به للائمة الشرط ( و كشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد ) فعلى ما عليه ( وهو ) اى زيد ( المكفول عنه ) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه فقد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح وتمامه في البحر فليطالع ( و كشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب ) زيد المكفول عنه ( عن البلد ) فعلى ما عليه لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين فيجوز والتعيين الى صاحب الحق كما في التبيين ( وان علقها ) اى الكفالة ( بمجرد الشرط ) اى بالشرط المجرد عن الملائمة ( كهبوب ريح ومجئ المطر ) بان قال ان هبت الريح او جاء المطر فعلى فلان على ( بطل ) الشرط ( وكذا ان جعل احدهما اجلا ) كما اذا قال كفلت مكذا الى هبوب الريح او مجئ المطر بطل التاجيل ( فتصح الكفالة ويجب المال ) على الكفيل ( حالا ) وفي الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وفي التبيين هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فيصار كما علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره واجاب بعض الفضلاء لكن لا يخفى على المنصف بل اذا تأملت حق التأمل ظهر لك ان السؤال باق على حاله ولا يندفع الا بهم الا ان يقال يمكن الجواب بان قوله الا انه تصح الكفالة

ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا فقط فخاصله لايصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة ايضا وكذا لايصح التأجيل اذا جعل واحدا منهما اجلا فانه تصح الكفالة ويجب المال حالا لايقال انه منقوض بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لانه اراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا اى باجل متعارف فلا يلزم المحذور ويندفع الاشكال تدبر ( وللطالب مطالبة اى يشاء من كفيله واصيله ) اى يثبت الخيار فى المطالبة ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل وان شاء طالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبئ عن الضم كما مر وذلك يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة ( الا اذا شرط براءة الاصيل فتكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ) لان العبرة فى العقود للمعانى مجازا لا للالفاظ والمبانى ( واو طالب ) الطالب ( احدهما ) كان ( له مطالبة الآخر ) بخلاف الغصب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به ولا يمكنه التمليك من الآخر بعد واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه مالم توجد منه حقيقة الاستيفاء ( فان كفل بماله عليه فبرهن ) الطالب ( على الف لزمه ) اى لزم الالف الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع ( وان لم يبرهن ) الطالب ( صدق الكفيل فيما اقر به مع يمينه ) اى فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفى العلم لا على البتات كما فى الايضاح ( و ) صدق ( الاصيل فى اقراره باكثر ) مما اقر به الكفيل ( على نفسه خاصة ) لا على الكفيل لانه اقرار على الغير وقيد بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب اى حصل لك على فلان او بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل اما لو ابى الاصيل اليمين فالزمه القاضى فلم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار كما فى البحر ( فان كفل بلا امره ) اى المكفول عنه ( لا يرجع ) الكفيل ( عليه ) اى على المكفول عنه ( بما ادى عنه ) لانه متبرع بادائه بغير رجوع خلافا لمالك ( وان ) وصلية ( اجازها ) اى الكفالة ( المكفول عنه ) بعد العلم لان الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير امر غير موجب للرجوع فلا تنقلب موجبة له هذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كما فى العمادية ( وان ) كفل ( بامره رجع عليه ) بما ادى عنه لانه قضى دينه بامره فمعناه اذا ادى ما ضمن اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس فان رجوعه بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى وتمامه فى المنح فليراجع ومعنى الامر ان يشتمل كلامه

على الكفالة عني بان يقول اكفل عني او اضمن عني لفلان كذا وقال اضمن الالف
التي لفلان علي لم يرجع فيه عند الاداء لجواز ان يكون القصد لم يرجع او الطلب
التبرع فلا يلزم المال كما في البحر والمتبادر من الامر امر من يصح امره شرعا فلا
رجوع على الصبي والعبد المحجورين اذا ادى كفيلهما بالامر الا في العبد بعد عتقهما
ولكن يرجع على العبد بعد عتقه ولا رجوع على الصبي مطلقا ( ولا يطالبه )
اي لا يطالب كفيل اصيلا بمال ( قبل الاداء ) الى مكفول له لان الموجب
للمطالبة هو التملك ولا تملك قبل الاداء وعلكه بعده فيرجع ( فان لوزم ) الكفيل
من جهة الطالب ( فله ) اي للكفيل ( ملازمته ) اي ملازمة المكفول عنه
حتى يخلصه وهو مقيد بما اذا كانت الكفالة بامره ( وان حبس ) الكفيل ( فله
حبسه ) اي للكفيل ان يحبس المكفول عنه لان ما لحقه كان لاجله فله ان يعامله
بمثله هذا اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلازمه ولا يحبسه
كما في السراج ( ويبرأ الكفيل باداء الاصيل ) لان براءة الاصيل توجب براءته
لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين كما ذكره
الزيلعي تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء
الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمي
فيسقط باداء واحد كما في البحر ( وان ابرأ الطالب الاصيل ) وهو المطلوب
( او اخر ) الطالب ( عنه ) اي الاصيل بان اجل دينه ( برئ الكفيل )
في الصورة الاولى ( وتأخر ) الدين ( عنه ) اي عن الكفيل يعني يتأخر في حقه
ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فيسقط بسقوطه ويتأخر
بتأخيره بخلاف ما اذا كفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل دون
الكفيل وفي السراج ويشترط قبول الاصيل البراءة فان ردها ارتدت وهل يعود
الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وفي القنية براءة الاصيل
انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا ( وان ابرأ )
الطالب ( الكفيل او اخر ) الدين ( عنه ) اي عن الكفيل ( لا يبرأ الاصيل
ولا يتأخر عنه ) اي عن الاصيل اذ الاصل فيه ان الاصول لا تتبع الفروع في الوصف
والا يلزم عكس الموضوع ( فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت ) اي الى شهر
مثلا ( يتأجل عن الاصيل ايضا ) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود
الكفالة فانصرف الاجل الى الدين كما في التبيين ( ولو صالح الكفيل ) الطالب
( عن الف على مائة برئا ) اي الاصيل والكفيل لانه اضافا الصلح الى الالف
الدين على الاصيل فيبرأ عن تسعمائة فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن مائة باداء الكفيل ( ورجع الكفيل بها ) اي بالمائة فقط ( على الاصيل

ان قبل بالغرض ) اذ بالاداء يملك ما فى ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع ( وان صالح ) الكفيل الطالب ( عن الالف بجنس آخر ) كالثوب وغيره ( رجع ) الكفيل على الاصيل ( بالالف ) كله لان هذا الصلح يكون مبادلة فيصير الالف بمقابلة الثوب فيملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وتوضيحه ان الالف فى الاصيل فى ذمة الاصيل ثم انتقل عنه وثبت فى ذمة الكفيل حين اخذ الطالب منه فيصح تمليك الطالب الدين الالف من الكفيل لكونه تمليك الدين عن عليه الدين وكذا يصح تمليك من الكفيل بالهبة اذا اذن له بالقبض فصار كانه اخرجه عن الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه فيصح تمليك الدين ممن عليه الدين مع الكفيل مسلطا على الدين فى الجملة ( وان صالح ) الكفيل ( عن موجب الكفالة ) وهو المطالبة عن شئ بشرط ابراء الكفيل خاصة ( برئ هو ) اى الكفيل فقط ( دون الاصيل ) لان ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخا الكفالته لا اسقاطا لاصل الدين ( وان قال الطالب للكفيل بالامر برأت الى من المال رجع الكفيل على اصيله ) لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه او الدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل كما فى المنح ( وكذا ) رجع الكفيل على اصله ( فى ) قول الطالب للكفيل ( برأت ) دون الى ( عند ابى يوسف ) لانه اقر براءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء ( خلافا لمحمد ) لان البراءة تكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى وهو الابراء ولا يرجع الكفيل بالشك ( وفى ) قول الطالب للكفيل ( ابرأتك لا يرجع ) الكفيل الى الاصيل لانه ابراء لا ينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء قيل جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب غائبا ( وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه فى البيان فى الكل ) لانه هو المجمل حتى فى برأت الى لاحتمال لانى ابرأتك مجازا وان كان بعيدا فى الاستعمال كما فى النهاية قيد بقوله برأت لانه لو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برأت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء كما فى الفتح ( ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة ) بالمال ( بالشرط ) مثل اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة بالمال فجاء غد لا يبرأ عنها اذ شرطه بطل وكفالته جائزة ( كسائر البراآت ) لان فى الابراء معنى التمليك و التمليكات لا تقبل التعليق بالشرط لكونه قمارا هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين

على الكفيل وعلى ذلك غيره ان يملك المطالبة كتمليك الدين لانها وسيلة اليه وكذا لا يجوز تعليق براءة الاصيل لان معنى التمليك فيه ظاهر اذ المال واجب عليه بخلاف تعليق البراءة من الكفالة بالنفس اذ ليس فيه معنى التمليك لانه مجرد اسقاط وروى انه يصح لانه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح وكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد بخلاف الاصيل كما في الهداية وعن هذا قال ( والمختار الصحة ) اى صحة تعليق البراءة عن الكفالة قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه اصلا كدخول الدار ومجئ الغد لانه غير متعارف اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الايضاح الكفيل بالمال والنفس اوقال ان وافيتك غدا فانا برئ من المال فوافاه غدا برأ من المال فقد يجوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز اوعلق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز كما في مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان فيه اختلاف الروايتين فرواية عدم الجواز محمول على ما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز محمول على ما اذا كان متعارفا كما في البحر ( ولا يجوز الكفالة بما يتعذر استيفاؤه ) اى لا يمكن استيفاؤه شرعا ( من الكفيل كالحدود والقصاص ) مطلقا بالاجماع لعدم امكان ايجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص كما مر فعلى هذا لا يلزم الاستدراك بما مر كما قيل ( ولا تجوز الكفالة ( بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع ) في البيع الصحيح معينة قبل القبض ( والمرهون ) بعد القبض ( ولا ) تجوز الكفالة ( بالامانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ) بفتح الجيم ( ومال المضاربة والشركة ) لان من شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم فيجب على الكفيل والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا يرى انه لو هلك لا يجب تسليم شئ بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانات ليست بمضمونة على الاصيل لاعينها ولا تسليمها فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها ( ولا ) تجوز الكفالة ( بدين غير صحيح كبدل الكتابة ) لانه في معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا ( عن كفالته ) اى بالدين ( او عبد ) وانما قال هذا لدفع توهم ان كفالة العبد ينبغى ان تصح لانه يجوز ثبوت هذا الدين عليه لان العبد محل الكناية فخصصه ( وكذا بدل السعاية عند الامام ) لان المستسعى كالمكاتب عنده فلا تصح الكفالة ببدلها

وعندهما تصح لان المستحق حر مديون عندهما (ولا) تجوز الكفالة (بالحمل على دابة معينة) مستأجرة للحمل (او بخدمة عبد معين) مستأجر للخدمة لعجز الكفيل عن تسليم الحمل على دابة معينة لانها ملك الغير ولو حمل دابة اخرى لايستحق الاجر اذ لو حمل الموجر على الدابة الغير المعينة لايستحق الاجر فثبت العجز في هذه الصورة بالضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف غير المعين لعدم العجز عن تسليم الحمل اذ يمكنه الحمل على اى دابة كانت لان المستحق هو الحمل لا الغير والغرض هو الاجر (ولا) تجوز الكفالة (عن ميت مفلس) يعني اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء رجل لم تصح عند الامام لانه كفل بدين ساقط في حق احكام الدنيا بالضرورة اذ لم يترك مالا ولا كفيلا به والكفالة بالساقط لاتجوز وجواز التبرع محمول على ان الدين باق في حق الداين (خلافا لهما) فان عندهما تجوز الكفالة لان الدين لما كان ثابتا في حيوته لايسقط الا بالاداء او بالابراء ولم يوجد شئ منهما فبقى عليه وكذا يطالب به في الاخرة حتى من تبرع بقضائه يجوز لما روى انه عليه السلام اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او دينار فامتنع من الصلوة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما على يارسول الله فصلى عليه (ولا) تجوز الكفالة (بلا قبول الطالب في المجلس) اى في مجلس عقد الكفالة سواء كفل بالنفس او بالمال عند الطرفين (وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته) اى غيبة الطالب (اذا بلغه) خبر الكفالة (فاجاز) كسائر تصرفات الفضولى وفي بعض نسخ المبسوط لم يشترط الاجازة وهو الاظهر عنه لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلايتوقف على ماوراء المجلس الا ان قبل عن الطالب فضولى فانه تصح ويتوقف على اجازته وللكفيل ان يخرج نفسه عنها قبل اجازته كما في الحقايق وغيره وبه علم ان قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ واما اصل القبول في مجلس الايجاب فشرط الصحة فعلى هذا ان المص لو ترك قوله الطالب لكان اولى كما في الاصلاح وفي الدرر الفتوى على القول الثاني كما في تلخيص الجامع الكبير والبزازية لكن في نفع الوسائل الفتوى على قولهما وفي تصحيح الشيخ قاسم والمختار قولهما عند المحبوبي والنسفي وغيرهما ولهذا قدمه المص تدبر قيد بالانشاء لانه لو اخبر عن الكفالة حال غيبة الطالب تجوز اجماعا (فان قال) المريض (لوارثه تكفل عنى بما على فكفل) الوارث (مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا) وان كان القياس ان لا يجوز لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقوله وجه الاستحسان ان ذلك وصية في

الحوالة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او قال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة (ولو قاله) اى المريض هذا القول (لاجنبي اختلف فيه المشايخ) فمنهم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبي غير مطالب بقضائه دينه بلا التزام وكان المريض والصحيح سواء والاول اوجه كما في الفتح وتمامه في البحر فليطالع (ويجوز) الكفالة (بالاعيان المضمونة بنفسها) عندنا خلافا للشافعي في قول في الاصل لكن المناسب للمص ان يذكره عقيب قوله ولا تجوز بالاعيان المضمونة بغيرها (كالمهر وبدل الخلع) اى على ظاهره بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل (والمغصوب) لانه مضمون بعينه فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته (والمبيع) بيعا (فاسدا) لان المقبوض في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (و) تجوز الكفالة (بتسليم المبيع الى المشترى والمرهون الى الراهن والمستاجر) بفتح الجيم (الى المستاجر) بكسر الجيم لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه مادام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك برئ وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب على الاصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تجوز الكفالة بتسليمه كما في التبيين (و) تجوز الكفالة (بالثمن) لانه دين صحيح مضمون على المشترى كسائر الديون

(فصل)

(ولو دفع الاصيل المال الى كفيله) ليدفعه الى الطالب (قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده) اى لا يسترد الاصيل المال المدفوع (منه) اى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي وانما يتقرر هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه ولانه ملكه بالقبض والاطلاق شامل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال خذ هذا المال واعطه الطالب فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضه امانة في يده وان دفعه على وجه

الاقتضاء بان قال له انى لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فاقضيك المال قبل ان
تؤديه لم يكن رسالة والفرق بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه
واما ما قال له الفاضل المعروف بابن الشيخ فى شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه
الرسالة فله ان يسترد لانه محض امانة فى يده مخالف لاكثر المعتبرات كما لا يخفى
تدبر واشار الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بامره ولهذا
لو اخذ الكفيل منه رهنا قبل ان يؤدى عنه جاز ولو ابرأه الكفيل او وهبه قبل
الاداء عنه صح حتى لو ادى عنه لم يرجع فثبت ان له دينا عليه لكن لا رجوع له
قبل الاداء كما فى البحر (وما ربح فيه الكفيل فله) اى للكفيل يعنى ان الربح الذى
حصل فى هذا المال بمعاملة الكفيل حلال طيب له (ولا يتصدق به) لما ذكر
انه حصل على ملكه ولا فرق بين ان يكون قضى الدين هو او قضى الاصيل
كما فى البحر وهو مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء واما اذا قبضه على وجه
الرسالة فانه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند ابى يوسف
يطيب له (ورده) اى رد الربح (الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا
يتعين كالبر) يعنى اذا كانت الكفالة بكر برفقبضه الكفيل من المكفول عنه
وباعه وربح فيه فالربح للكفيل لكن يستحب له ان يرده على المكفول عنه ولا يجبر
عليه عند الامام فى رواية الجامع الصغير وهذا اذا قضى الاصيل الدين (خلافا
لهما) اى قالا هو له ولا يرده وهو رواية عن الامام وعنه انه يتصدق به
قيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب وعلل بطيب للاصيل
اذا رده الكفيل عليه قال فى الغاية ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا
ففيه روايتان والاشبه ان يطيب لانه انما رد عليه على انه حقه (ولو امر الاصيل
كفيله ان يتعين عليه) اى يشترى (ثوبا) بطريق العينة بكسر العين (ففعل)
الكفيل (فالثوب للكفيل والربح) الذى حصل للبايع يكون (عليه)
اى الكفيل لا الآمر بيانه ان الاصيل امر الكفيل بان يشترى له ثوبا باكثر من القيمة
ليقضى به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عنه
ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا نسيئة فى نيل الزيادة ليبيعه
المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين
وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل
وقيل هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن غير معين لجهالة ما زاد
على الدين وكيفما كان فالمشترى للمشترى وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه
لانه العاقد كما فى الهداية وفى العناية ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى

هو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها صاحب الهداية فيبيع صاحب الثوب باثني عشرة من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ العشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل وايالك والعينة فانها لعينة انتهى لكن هذا مخالف لما في الخانية حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون شيئا بتلك العشرة ويقبض ثم يبيع من المديون بثلثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عليه السلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد قال مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا خير من البيوع التي في اسواقنا انتهى لكن المحرر اولى (ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه او بما قضى له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا يقبل) برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لان المكفول به مال مقضى او مال يقضى به لا غير لان ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا لطالب على اليه شئ مال شرعا ولذا لو اقر الكفيل لا يلزمه المال لان بالاقرار لا يثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف اذ لم يعرض الطالب لقضاء القاضي بالمال في دعواه ولا في اقامته حتى لو ادعى وقال قدمت الطالب بعد الكفالة الى القاضي فلان واقمت عليه بينة بالف وقضى لى عليه بذلك يقضى بالالف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو اقر الكفيل لزمه الالف في هذه الصورة (ولو برهن الطالب (ان له على زيد) الغائب (الفا وهذا كفيله) اى بهذا المال (بامره قضى به عليهما) اى على الكفيل والاصيل في المسئلة قيود معتبرة الاول ان الكفالة مقيدة بهذا المال والثاني ان هذا المال المكفول به غير مقيد بانه قضى به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسئلة عن المسئلة السابقة اذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضي والثالث ان هذه الكفالة مقيدة بانها بامر الاصيل اذ الامر يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه واما اذا لم يكن بامره فهي لا تتضمن الاقرار فالقضاء على الكفيل لا يتضمن القضاء على الاصيل والى هذا اشار بقوله (ولو بلا امره قضى على الكفيل فقط) لا على الاصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل بخلاف

الكفيل بامره فان له حق الرجوع عليه بعد اداء المال خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعي ظالم فلا يكون له ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وفيه تنبيه على ان القضاء على الغائب جائز اذا كان الاثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة اذ التعدي الى الغائب في ضمن القضاء بالامر ضروري في الكفالة قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب ( وضمان الدرك المشتري عند البيع تسليم ) اي تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع ( يبطل ) من الابطال ( دعوى الضامن ) على المشتري ( المبيع ) مفعول دعوى ( بعد ذلك ) لان هذا الضمان ترغيب للمشتري في الابتياع والترغيب بمنزلة الاقرار بملك البايع فلا تصح دعوى الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض حتى لا يسمع طلب الشفعة منه ولو فرض صحة دعواه لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد ( وكذا ) يكون تسليما ولا تصح دعواه بعد هذا ( او كتب شهادته ) على البيع ( وختم ) اي وضع خاتمه على عادة السلف ( على صك ) متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع ا كتب فيه ) صفة صك ( باع ملكه او ) باع ( بيعا باتا ) نافذا اذ البيع على هذا الوجه لا يكون الا في ملكه فالدعوى لنفسه بعد الاقرار لغيره متناقض فلا تسمع قلنا على عادة السلف لانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف وفي الفتح الختم امر كان في زمانهم وليس هذا في زماننا قيد بقوله باع ملكه او بيعا باتا لانه لو كتب شهادته في صك بيع مطلق عن قيد الملكية وكونه نافذا باتا لا يكون تسليما تسمع بعده دعوى الملكية اذ ليس فيه ما يدل على اقراره بالملك للبايع لان البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثه بخلاف ما تقدم فانه مقيد بما ذكر كما في المنح ( بخلاف ما لو كتبها ) اي شهادته ( على اقرار العاقدين ) فانه لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار ولو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه ( وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل ) يعني اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر لا يصح ( وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال ) باطل يعني اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه اذ حقوق العقد ترجع اليهما فلا يفيد ضمانهما بخلاف من لا ترجع اليه الحقوق كالوكيل بالتزويج ان ضمن المهر والمأمور ببيع الغنائم من قبل الامام ان ضمن الثمن والرسول بالبيع ان ضمن الثمن لان كل واحد منهما

سفير ومعبر فصحح ضمانهم وكذا الوكيل بقبض الثمن اذا ضمن الثمن من المشتري للوكيل يصح (و) كذا (ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعا صفقة واحدة) باطل يعني لو باع رجلان ثوبا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لانه لو صح مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه لادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذا باطل (وصح) ضمان احد الشريكين (لو بصفقتين) لان الصفقة اذا تعددت كانت لكل منهما بعقده يكون له خاصة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر صح (وضمان الدرك) صحيح لانه ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس وكان المضمون معلوما وهو قادر على ايفاء ما التزم فصح (و) ضمان (الخراج) صحيح لما مر انه دين مطالب من جهة العباد بخلاف الزكوة وفي البحر اطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفى الصحة بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة لانه مع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه كذكره الزيلعي وهو مفروض البحر لشمان الكفالة به جائزة دون الرهن انتهى لكن التخصيص واجب بقرينة قوله او رهن به فانه لا يصح الرهن بخراج المقاسمة تأمل ولو اكتفى فيما سبق بقوله وصح الرهن والكفالة بالخراج لكان اخصر تدبر (و) ضمان (القسمة صحيح) خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل هي النوائب بعينها او حصة منها فعلى هذا النوائب الآتية مستدركة تدبر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة الديوانية في كل شهر او سنة والمراد بالنوائب غير الراتبة بل بحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقيل المراد القسمة اجرة القسام وقال ابو جعفر معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وضمنها انسان صح لانها واجبة عليه وقيل معناه اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الآخر كما في شرح التسهيل (وكذا ضمان النوائب) وفي الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر وفي اصطلاحهم قال ارادوا بها ما يكون بحق وقيل المراد بها ما ليس بحق منهم هذا قال (سواء كانت بحق ككري النهر) المشترك (واجرة الحارس) والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى فان الكفالة بها جائزة بالاتفاق لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل (او بغير حق كالجبايات) التي في زماننا فاحدها الظلمة بغير حق ففي جوازها اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا يجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوي لانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او الدين وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيين فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة المطالبة

لانهما شرعت لالتزامهما فى المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدد يوجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة عن غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كمن قضى دين غيره بامره كما فى البحر وفى الاصلاح والفتوى على الصحة فانهما كالديون الصحيحة حتى لو اخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض وهو اختيار المص (وضمان العهدة باطل) لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى خيار الشرط فيتعذر العمل بها قبل البيان فتبطل للجهالة (وكذا ضمان الخلاص) باطل عند الامام (خلافا لهما) اى قالا هى صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى والامام فسرها بتخليص المبيع لامحالة ولاقدرة عليه لان المستحق لا يمكنه منه واو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان اجاز المستحق او رده ان لم يجز والخلاف راجع الى التفسير كما فى البحر والخلاف لفظى فقط تدبر

(ولو قال الكفيل ضمنته الى شهر وقال الطالب بل) ضمنته (حالا فالقول للكفيل وفى الاقرار) يعنى من قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة (فالقول للمقر له) والفرق ان الكفيل لم يقر بالدين فلا دين عليه فى الصحيح بل اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر والطالب يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو ينكر فالقول له والمقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه هو تأخير المطالبة الى شهر ولا يقبل قوله بلا بينة وقال الشافعى القول للمقر فى الفصلين وكذا روى عن ابى يوسف (ولا يوخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع مالم يقض بثمنه على بائعه) لان المبيع لا ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية مالم يقض بالثمن على البائع فلا يجب رد الثمن على الاصيل فلا يجب على الكفيل وعن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلثة انه يرجع بمجرد القضاء بالاستحقاق وفى التنوير قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن وسلك واخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن ضمن

## ( باب كفالة الرجلين والعبدين )

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين والاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا (دين عليهما) اى على اثنين لآخر بان اشتريا منه ثوبا (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) جاز العقد لعدم المانع اذ يكون كل واحد منهما فى النصف اصيلا وفى النصف الآخر كفيلا (فما اداه

اجنبيا ) اي فيما ادى احدهما من الدين بصفه ( لا يرجع ) اي بما ادى
( على الآخر ) اي على شريكه وان كان من نصيب صاحبه لان وقوع
الاداء عما هو عليه اصالة اولى من وقوعه كفالة اذ الاول دين مع المطالبة والثاني
مطالبة فقط ولانه لو وقع في النصف من صاحبه كان لصاحبه ان يرجع
عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى بعده واداءه كاداءه فيؤدي الى الدور
( الا اذا زاد على النصف ) فيصرف الى ما عليه كفالة فيرجع على شريكه
بما كفل بامره ( ولو كفلا ) اي لاثنان ( عما على رجل ) بانه فيه ( وكفل
كل احد عن صاحبه ) اي بجميع المال ( عن صاحبه ) فهي اذا كان على
رجل الف درهم مثلا فكفل به اثنان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم تكفل كل
منهما عن صاحبه بما كفله اذ الكفالة جائزة ( فما اداه ) كل منهم
( رجع بنصفه على شريكه ) فلا كان المؤدى اقل او اكثر اذ الكل كفالة
فلا رجحان للبعض على الآخر في الكفالة ثم يرجع على الاصيل ( او )
رجع هو ( بكله ) اي بكل ما اداه ( على الاصيل ) ابتداء ( او ) كفل ( بامره )
اذا كفل كل منهما بالجميع ولا يؤدي الى الدور فاذا كفل كل منهما من صاحبه
بالجميع واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى
في الصحيح وكذا لو كفلا على الاصل بالجميع ثم كفل عن صاحبه لان الاداء
منهم على السواء فلا يكون فلا عن الاصل بالجميع وكفل كل بالجميع
متعاقبا ثم كفل كل عن صاحبه بالنصف لعدم جهة الضمان كما في الدرر
وغيره ( وان ابرأ الطالب احدهما ) اي احد الاثنين ( فله ) اي للطالب
( اخذ ) الكفيل ( الآخر بكله ) اي كل المال لان الابراء لا يوجب سقوط شيء
بالكل عن الاصل فاخذه به ( ولو فسخ المفاوضة ) اي لو اشترى
احد المفاوضين شيئا ثم فسخت المفاوضة بينهما ( فللرب الدين اخذ
من شاء من شريكيهما ) اي شريكي المفاوضة ( بكل دينه ) لان الكفالة
ثابتة بعقد المفاوضة فلا تبطل بالافتراق عن المفاوضة لان شريك المفاوض
لا يؤاخذ شريكه الا بالكفالة بل لو كان كذلك كمن ترك
لشريكه ( وما اداه احدهما لا يرجع به ) اي بما ادى على الآخر ما لم يرده
على النصف ) لما مر آنفا ( واذا كوتب العبدان عقدا واحدا ) بان قال المولى
كاتبتكما على الف مثلا ( وتكفل كل ) منهما ( عن صاحبه صح ) العقد
( ورجع كل منهما على الآخر بنصف ما ادى ) ولعدم الاشتراط لانه لا يصح الا به
المكاتب والكفالة بدل الكتابة وكل منهما ماخوذ باداء الكل وعند الاداء يرجع اولى
فصار كما اداه اصيل كما ... فاذا عتق احدهما فقد وجد الاعتاق ...

ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن هنا بان يجعل كل المال على كل منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الاخر معلق بادائه لان معنى قوله كاتبتكما بالف ان اديتما الف درهم فانتما حران فكانه قال لكل منهما ان اديت الالف فانت حر فيكون عتق كل واحد معلقا باداء الالف ولا يحصل عتقه باداء نصفه اذ الشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزاء فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فادى احدهما رجع على الاخر لاستوائهما ولو رجع الكل اولم يرجع بشئ انتفى المساواة كما فى الدرر قيد بقوله وكفل لانه او كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم على كل واحد منهما حصته ويعتق باداء حصته فلو زاد على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما مالم يصل جميع المال الى المولى خلافا لزفر فانه قال يعتق باداء حصته ( وان اعتق السيد احدهما ) اى احد العبدين المكاتبين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل منهما عن صاحبه قبل الاداء ( صح ) عتقه لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق ومابقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عن الاحتيال فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف كما فى الهداية ( وله ) اى للمولى ( ان يأخذ حصة الاخر منه ) اى الاخر ( اصالة اومن المعتق كفالة و يرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه ) اى ان اخذ المولى حصة الاخر من المعتق رجع المعتق بما يؤدى على الاخر لانه مؤدى عنه بامره فان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه ادى عن نفسه لا يقال اخذ المعتق بالكفالة صحيح للكفالة ببدل الكتابة وهو بط لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقى بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت كما فى المح ( ولو كان على عبد مال لا يجب عليه صفة مالر ) اى على العبد ( الا بعد عتقه ) وهو دين لم يظهر فى حق مولاه بل فى حقه يؤخذ بعد عتقه كمال لزمه باقرار اواستقراض اواستهلاك وديعة ( فكفل به ) اى بذلك المال ( رجل كفالة مطلقة ) عن قيد الحلول اوالتأجيل ( لزم الكفيل حالا ) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة اخرت عنه بعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق رقبته لعدم ظهورها فى حق المولى فصار كما لو كفل عن غائب اومفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا بل مؤجلا ( واذا ادى ) الكفيل ما على العبد ( لا يرجع

على العبد الابعد عتقه ) إن كان بامره لان الضامن انما يرجع عليه بعد العتق وكذا الكفيل لانه قائم مقامه ( ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد ) المكفول برقبته قبل التسليم الى المدعى ( فبرهن المدعى ) اى اقام بينة ( انه ) اى العبد ( له ) اى ملكه ( ضمن الكفيل قيمته ) اى قيمة العبد لانه كفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليها قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد وبنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه مالم يقر به الكفيل بنفسه ( ولو كفل عبد عن سيده ) بامره ( او ) كفل ( سيد عن عبده ) قيد به لتصحيح الكفالة فان كفالة المديون عن مولاه لا تصح لانها تتضمن ابطال حق الغرماء ( عن سيده ) بامره ( وعتق ) العبد ( فاى ) من السيد او العبد ( ادى ) المال المكفول به ( لا يرجع على الآخر ) لان الكفالة وقعت غير موجبة لان احدهما لا يستوجب دينا على الآخر وقال زفر ان كانت الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع وهو الرق قد زال قلنا وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة بعد ذلك

## ( كتاب الحوالة )

ذكرها بعد الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم وهى فى اللغة النقل والتحويل وحروفها كيف ما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وقيل هى اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على فلان ولذا قيل للمديون محيل ومحتال وللدائن محال ومحال له ولمن يقبل الحوالة محال عليه ومحتال عليه وللدين محال به ومحتال به لكن ترك الاسم لمحال فى محيل فرارا من التماسه المعقول من بابه وقد فرق البعض بالحاق له الى المعقول وقال محتال له قيل هو لغو لعدم الحاجة الى الصلة وفى اصطلاح الفقهاء ( هى ) اى الحوالة ( نقل الدين من ذمة الى ذمة ) اى من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه واختلف المشايخ فى انها هل توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين والصحيح من المذهب انها توجب البراءة من الدين كما فى المنح ( وتصح الحوالة فى الدين لا فى العين ) اما الصحة فبالاجماع وبما روى البخارى ومسلم عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله عليه الصلوة والسلام مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملى فليتبع

اى اذا احيل احدكم على ملى فليحتل والامر بالاتباع دليل الجواز واما اختصاصها بالدين فلان الحوالة نقل حكمى والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة فجاز الدين ان قبل ذلك النقل اما العين كالثوب فحسى فلا يقبل النقل الحكمى بل يحتاج الى النقل الحسى فلا بد من ان يكون للمحتال دين على المحيل ولهذا قال فى القنية احال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لاشئ عليه ( رضا ) متعلق بتصح ( المحتال ) لان الدين حقه والذمم متفاوتة ولا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء وهذا بالاجماع ( والمحتال عليه ) لان الدين يلزمه فلا بد من التزامه والاصح من مذهب الشافعى ان لا حاجة الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه و بغيره قيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه احدهما واراد من الرضى القبول فى مجلس الايجاب لكن فى البزازية لو احال الى غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح فى غيبة المحتال الا ان يقبل رجل له الحوالة ( وقيل لا بد من رضى المحيل ايضا ) كما لا بد من رضى المختار والمحتال عليه وفى البحر رضى المحيل ليس بشرط على ماذكره محمد فى الزيادات وشرطه القدورى وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات وفى العناية وذكر فى الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره فقيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ماذكر فى القدورى ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهى فعل اختيارى لا يتصور بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدورى والثانى احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين على رواية الزيادات ليس على ما ينبغى انتهى ( واذا تمت ) الحوالة ( برئ المحيل من الدين بالقبول ) اى بقبول المحتال الحوالة على المحتال عليه وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق بحق ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعانى ومعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق

الابفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة قوله من الدين رد على من يقول انه يبرأ من المطالبة لا الدين وقد تقدم بيانه آنفا ومن ثمراته انه يبرأ وقته ومقتضى ما ذكر من براءة المحيل ان المشترى لو احال البايع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع وكذا لو احال المرتهن الراهن لا يحبس الرهن ولو احال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة وبه صرح في البحر قال ولكن المنقول في الزيادة عكسه وقوله بالقبول متعلق بقوله انما يجب الحوالة ( فلا ياخذ المحتال من تركته ) اى من تركة المحيل الدين اذا مات المحيل ( لكن ياخذ كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى ) اى الهلاك ( ولا يرجع عليه ) المحتال ( الا اذا توى حقه ) فحينئذ يرجع عليه كما روى انه عليه السلام قال اذا مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين ولان براءته مقيدة بسلامة حقه له فيرجع عليه عند عدم السلامة وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى باى طريق كان لان الساقط لا يعود وفي البحر ومراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدايع ان حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى وقوله وبالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة رجل احال رجلا عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه احاله على الذي عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود على المحتال عليه الاول ( وهو بموت المحتال عليه مفلسا ) بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا ( او انكاره ) اى انكار المحتال عليه ( الحوالة وحلفه ) اى المحتال عليه ( ولا بينة ) للمحتال والمحيل ( عليها ) اى على الحوالة وهذا عند الامام لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة ( وعندهما بتفليس القاضي اياه ) اى المحتال عليه ايضا لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه من ملازمته عندهما كعجزه عن الاستيفاء بموته مفلسا وبالجحود قيدنا بان لم يترك كفيلا لان وجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحتال عليه مفلسا فله ان يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية اخذ المحتال من المحتال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره او بغير امره والكفالة حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان لم يكن به كفيل تبرع رجل اورهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ولو اختلفا في كونه مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه ( على العلم ) وتصح الحوالة ( بالدراهم

المودعة ) يعنى اذا اودع رجل رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر صح لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز ( ويبرأ المحتال عليه ) عن الحوالة ( بهلاكها ) كالزكوة المقيدة بالنصاب لان المحتال التزم الاداء من هذه الدراهم وهى قد هلكت امانة وايضا يبرأ المودع عن الحوالة اذا استحقت الدراهم المودعة فيعود الدين على ذمة المحيل ( وبالمغصوبة ) اى تصح الحوالة بالدراهم التى غصبها المحال عليه من المحيل ( ولا يبرأ بهلاكها ) اى لا يبرأ الغاصب بهلاك المغصوبة لانه لا يبطل الحوالة لانه فات الى خلف وهو الضمان والخلف يقوم مقام الاصل وكان المغصوب قائما معنى فلا يبطل واما اذا استحق المغصوب بطلت الحوالة لان المغصوب وصل الى مالكه فهو يوجب براءة الغاصب من الضمان ( واذا قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل ( المحتال عليه ) اى لا يطلب المحيل من المحتال عليه ما عنده او عليه من الدراهم المودعة او المغصوبة او الدين لان هذه الحوالة المقيدة تتضمن توكيل المحتال بقبض ما على المحتال عليه او ما عنده ويتضمن تسليم المحتال عليه ما عنده او عليه بامر المحيل فلا يطلب المحيل ذلك من المحتال لتعلق حق المحتال كالراهن لا يملك مطالبته لتعلق حق المرتهن حتى يضمن المحتال عليه للمحتال ان دفع الى المحيل ( مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته ) اى بعد موت المحيل يعنى ان هذه الاموال اذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى ان لا يكون المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع انه اسوة لهم لان العين الذى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك بل للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فيملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لان الدين صار له بالحوالة كالمرتهن بالرهن بعد موت الراهن ( وان لم تقيد ) الحوالة ( بشئ ) من المذكورات ( وله ) اى للمحيل ( المطالبة ) من المحتال عليه بالعين او الدين ويقدر المحتال عليه ان يدفعها الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه فى ذمة المحتال عليه وفى ذمته سعة فغاية ما يجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه ( ولا تبطل الحوالة ) سواء كانت مقيدة او مطلقة ( باخذه ) اى المحيل ( على المحتال عليه ) من الدين ( او عنده ) من الوديعة او الغصب اما فى المطلقة فانها لم تتعلق بهذه الاشياء لعدم الاضافة اليها واما فى المقيدة فلان المحتال عليه قد دفع ما تعلق به حق المحتال الى من ليس له حق الاخذ فيضمنه للمحتال

ويرجع الى المحيل بما دفع اليه فلا يبطل الحوالة ( واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال احلت بدين لى عليك لم يقبل بلا حجة ) اى لا يسمع قول المحيل للمحتال عليه احلت بدين لى عليه حين طلب المحتال عليه المحيل مثل ما احاله الا بينة اذ المحتال عليه انكر الدين لان اقراره بالحوالة وقوله لا يكون اقرارا ولا دليلا على ان عليه له دينا اذ الحوالة تجوز بدون الدين على المحتال عليه بل يسمع طلب المحتال عليه لوجود سببه هو اداء الدين بامره ( واو طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتنى بدين لى عليك لا يقبل بلا حجة ) اى لا يسمع قول المحتال للمحيل احلتنى بدين لى عليك حين طلب المحيل من المحتال ما قبضه الا ببينة لان المحيل انكر الدين اذ اقراره بالحوالة واقدامه عليها لا يكون اقرارا بالدين لان الحوالة تستعمل فى الوكالة بمعنى محل التصرف بل يسمع طلب المحيل كطلب الموكل من الوكيل ما قبضه وفى التنوير ادى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل ولا يصح تأجيل عقدهما ( وتكره السفاتج ) بضم السين والتاء جمع سفتجة وفتح التاء عند الاخفش تعريب سفته ومعناها المحكم ( وهى الاقراض ) اى ان قرض الى تاجر مثلا قرضا ليدفعه الى صديقه فى بلد آخر ( لسقوط خطر الطريق ) وانما كرهت لورود النهى عن قرض جر نفعا وانما ذكرت المسئلة فى هذه الباب لان هذا الاقراض فى معنى حوالة الصديق على المستقرض اولانه حوالة خطر الطريق اليه اولان المقرض يحيله بالاداء الى الصديق

## ( كتاب القضاء )

لما كان اكثر المنازعات تقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى اضاف الكتاب الى القضاء دون الادب نظرا الى ان بيان القضاء مقصود وبيان الادب متفرع والقضاء فى اللغة له معان يكون بمعنى الاتقان والاحكام ففى المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت والجمع الاقضية وقضى اى حكم ومنه قوله تعالى "وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه" وبمعنى الابلاغ وبمعنى الاداء والانهاء ومنه قوله تعالى "وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب" وقضينا اليه ذلك الامر اى انهيناه اليه وابلغناه ذلك وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى "فقضاهن سبع سموات فى يومين" ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان اى صيره قاضيا وفى الشرع هو قطع الخصومة او قول ملزم صدر عن ولاية عامة وفيه معانى اللغة جميعا فكأنه الزمه بالحكم واخبره به وفرغ عن الحكم بينهما وقدر ما عليه وماله واقام قضاءه مقام صلحهما

وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد وخرب البلاد وانتشر الظلم والفساد والحاكم نائب الله تعالى فى ارضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبه امر كل نبي قال الله تعالى • انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون • وقال الله تعالى • وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم • ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء ولهذا قال (القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات) بعد الايمان بالله تعالى ثم هو على خمسة اوجه واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم فيكون قبوله امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وانصاف المظلوم من الظالم ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به ومخير فيه وهو ان يستوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه فى باطنه من اتباع الهوى بما لا يعرفه ثم اعلم ان رزقه وكفايته وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا الكفاية ربما طمع فى اموال الناس وان عمر رضى الله تعالى عنه اعطى شريحا كل شهر مائة درهم واعطاه على رضى الله عنه كل شهر خمسمائة درهم (واهله) اى القضاء (من هو اهل للشهادة) لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم (وشرط اهليته) اى القضاء (شرط اهليتها) اى الشهادة من العقل والبلوغ والاسلام والحرية وغيرها مما سنذكر فى كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى (والفاسق اهل له) اى للقضاء (ويصح تقليده) اى تقليد الفاسق اى المسلم الذى اقدم على كبيرة او اصر على صغيرة وفيه اشعار بان قضاء المستور صحيح بلا قبح كما فى القهستانى وبان العدالة شرط الاولوية وهذا ظاهر الرواية وفى النوادر عن اصحابنا انه لا يجوز قضاؤه كما فى الاختيار وهو قول الائمة الثلاثة (ويجب ان لا يقلد) الفاسق القضاء اذ لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه حتى لو قلد كان المقلد آثما (كما يصح قبول شهادته) اى شهادة الفاسق حتى لو قبل القاضى وحكم بها كان آثما لكنه ينفذ وفى الدرر هذا اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ (ويجب ان لا تقبل شهادته) وفى الشمنى اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا قال قاضيخان ويصح تعليق

تقليد القضاء والامارة بالشرط وكذا الاضافة الى وقت فى المستقبل وتعليق
عزل القاضى بالشرط صحيح كتعليق الوكالة ولو كان فى المصر قاضيان كل منهما على
محلة على حدة فالعبرة للمدعى عند ابى يوسف وللمدعى عليه عند محمد وهو
الصحيح (ولو فسق) القاضى (العدل) باخذ الرشوة وغيرها من الزنا اوشرب
الخمر (يستحق العزل) اى يجب على السلطان عزله كما فى البزازية وفى المعراج
يحسن عزله لوجود سبب الاستحقاق (ولا ينعزل فى ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا) وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الواقعات وقال بعض المشايخ
اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وهو قول الائمة
الثلاثة وفى الاصلاح وعليه الفتوى لكن فى البحر وهو غريب ولم اره والمذهب
خلافه وتمامه فيه فليطالع وفى البزازية لو شرط فى التقليد انه متى فسق ينعزل
انعزل وفى نوادر ابن هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه
كما اذا عمى ثم ابصر وكذا اذا ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اسلم قيد بالقضاء لان الفسق
لا يمنع الامامة بالاختلاف ولا ينعزل بالفسق وفى البحر الوالى اذا فسق فهو بمنزلة
القاضى يستحق العزل ولا ينعزل ولو حكم الوالى بنفسه لم يصح لانه لم يفوض
اليه (ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) اى لو دفع لموليه لم تصح
توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ قضاؤه يعنى اذا الامام لو قلد برشوة اخذها
هو او قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كما فى البحر وغيره ولم ار حكم
ما لو اخذ دونه وهو غير عالم به هل يجوز تقليده ام لا وينبغى ان يجوز تقليده
لان مفهوم قوله وهو عالم به يقتضى جوازه اذا لم يعلم كالو ارتشى وكيل القاضى
او نائبه او كاتبه او بعض اعوانه ان بامره ورضاه فهو كالو ارتشى بنفسه
وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشى رد ما قبض بتمامه قيد بالتولية لانه
لو اخذ القاضى الرشوة وقضى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى بالاجماع وحكى
فى الفصول فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى وينفذ فيما سواه وهو اختيار
شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وفى البحر قضى ثم ارتشى
او ارتشى ثم قضى او ارتشى ولده لانه لما اخذ المال او ابنه يكون عاملا لنفسه
او ابنه وان كتب اليه ليسمع الخصومة واخذ اجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس
برشوة لما فى فتاوى النسفى يحل للقاضى اخذ الاجرة على كتبه السجلات والمحاضر
وعندهما لكل الف درهم خمسة دراهم وان كان اقل من الالف لكن حده
فى المشقة مثل ذلك ففيه خمسة ايضا وفى الخزانة وما قيل فى الالف من اخذ خمسة
لا نقول به ولا يليق ذلك بفقه اصحابنا واى مشقة للكاتب فى اخذ الالف وانما الاجرة
بقدر مشقته وبقدر عمله فى صنعته ايضا كما يستأجر الحكاك والثقاب باجر

كثير فى مدة قليلة واجرة نحمة القسمة على رب الدين واعلم ان مادفع اما دفع اما للتودد وهو حلال من الجانبين واما لصيرورته قاضيا وهو حرام منهما واما للخوف على نفسه اوماله وهو حرام على الآخذ حلال للدافع وكذا اذا طمع فى ماله فرشاه ببعض المال واما ليسوى امره عند الوالى فان كان ذلك الامر حراما فحرام على الجانبين وان حلالا فحرام على الآخذ ان اشترط وحلال للدافع الا ان يستأجره مدة معلومة بما يدفع اليه فانه حلال وان لم يشترط وطلب منه ان يسوى امره واعطاه بعد مايسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لايحل له الاخذ وقال بعضهم يحل وهو الصحيح لانه براه مجازاة الاحسان فيحل كما فى البحر والرشوة لاتملك ولذا يلزم الاسترداد (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطاء (وقيل لا) يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات ورجحه صاحب البحر فقال وظاهر مافى البحر بانه لايحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من اهل العلم بالاجتهاد والعدالة اوراه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم احدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع وتمامه فيه فليطالع ويكتفى بالاشارة من المفتى لامن القاضى اذلابد للقضاء من صيغة مخصوصة كحكمت والزمت اوصح عندى اوثبت اوظهر عندى اوعملت على الصحيح (ولاينبغى ان يكون القاضى فظا) من الفظاظة وهى خشونة القول (غليظا) اى شديد فى الكلام متفاحشا (جبارا) اى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) اى مخالفا للحق لان القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغى ان يكون القاضى (موثوقا به) اى معتمدا عليه (فى دينه) بالاحتراز عن الحرام (وعفته) لانه ملاك الدين (وعقله) لانه مدار التكليف (وصلاحه) لان فى ضده الفساد (وفهمه) ليفهم الفساد والخصوم (وعلمه بالسنة) والمراد بالسنة ماثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند امر يعاينه (والآثار) وهى مايروى عن الاصحاب رضى الله تعالى عنهم (ووجوه الفقه) اى طرقه قال مسكين ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص فى الدين لالكل علم وهو علم بالمعانى التى تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها وينبغى ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من اهم امور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى وينبغى للسلطان ان يتفحص فى ذلك ويولى من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد

انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وفي الاشباه فقد ظلم من بين باعطاء غير المستحق ومنع المستحق لكن في زماننا توجيه القضاء الى المستحق غير ممكن لقلته اوالمانع يمنع حتى اثابت بان اولى القضاء من قبل من له الامر والقصد ان اولى الاحق والاولى تجاوز الله عني وعن سائر المؤمنين بحرمة سيد المرسلين صلوات الله على نبينا وعليهم اجمعين ( وكذا المفتي ) يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة ( والاجتهاد شرط الاولوية ) في القاضي والمفتي لا الجواز هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا خلافا للائمة الثلاثة وفي الفتح واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي ولا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واختلفوا في المجتهد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد تعلمها ما يتعلق بها الاحكام منها من العام والخاص والمشترك والمأول والنص والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل ان يعرف مظان احكامها في ابوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا والاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وادلتهم لانها صناعتهم ويدخل في السنة اقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد يقاس مع وجود قول الصحابي ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد ان يكون صاحب قريحة فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله لذلك عن المجتهد احد الامرين اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر او المشهور وتمامه في البحر فليطالع وفي الخانية ان اختلاف ائمة الهدى توسعة على الناس فاذا كان الامام في جانب وهما في جانب خير المفتي وان كان احدهما مع الامام اخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه ابو الليث قول زفر في مسائل وصحح في السراج ان المفتي يفتي بقول الامام على الاطلاق ثم بقول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه وفي المنح وان خالف ابا حنيفة صاحباه فان كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغير احوال الناس وفي المزارعة والمعاملة ونحوهما يختار قولهما وبجور للشاب

الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبير (فيصح تقليد الجاهل) عندنا لان المقصود من القضاء ايصال الحق الى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره (ويختار المقلد الاقدر والاولى) لانه خليفة رسول الله عليه السلام في القضاء وفي الاصلاح وعند الشافعي لايصح تقليد الفاسق والجاهل وماقاله كان احوط في زمانه وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء انتهى (وكره التقلد ان خاف الحيف والعجز عن القيام به) اى كره قبول تقليد القضاء لخوف الجور اوعدم اقامة العدل لعجزه فعلى هذا لوقال ان خاف الحيف اوالعجز لكان اولى لان احدهما يكفي كما في البحر (ولابأس به) اى بالتقلد (لمن يثق من نفسه باداء فرضه) لان كبار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة وقيل لايجوز الدخول مطلقا بلا اجبار لقوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وقدروى ان الامام دعى للقضاء ثلاث مرات فابى حتى حبس وجلد في كل مرة ثلثون سوطا حتى قال له ابو يوسف لوتقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال لوامرت ان اقطع البحر سباحة لكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال الامام كاني بك قاضيا وذكر البزازي في مناقبه اقوالا حاصله ان الامام لم يقبل القضاء ومات على الاباء وانه رحمه الله تعالى احس بموته وسجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة روح الله روحه وزاد في اعلى غرف الجنان فتوحه ومن غريب ماوقع انه جئ بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الابعد العصر واستمر الناس يصلون على قبره الشريف عشرون وحرر من صلى عليه خمسون الفا وفي الهداية والكافي والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة والترك عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما ظن في الابتداء انه يقضي بالحق ثم لايقدر عليه في الانتهاء ولانه لايمكنه القضاء بالحق الاباعانة غيره ولعل غيره لايعينه (ومن تعين له) اى للقضاء اوتعين القضاء له (فرض عليه) صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وفي البحر انه فرض عين ان تعين وفرض كفاية عند وجود غيره يعني ان كان في البلد قوم صالحون له فامتنعوا فيه اثموا كلهم ان لم يقدر السلطان فصل القضايا (ولايطلب القضاء ولايسأله) اى من صلح للقضاء ينبغي ان لايطلب بقلبه ولايسأله بلسانه لماروى انه عليه السلام قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه الرشد ويوفقه

للصواب وكذا لا يسئل الامارة ( ويجوز تقلده من السلطان الجائر ) اى الظالم لان علماء السلف تقلدوا القضاء من الحجاج مع انه اظلم زمانه ( ومن اهل البغى ) وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا قال ابو الليث المعلى اذا ولى رجلا قضاء بلدة وقضى ذلك القاضى فى مختلف فيه ثم رفع الى قاض آخر فان وافق رأيه امضاه وان خالف ابطله وهى بمنزلة حكم المحكم وفى العمادية التقلد من اهل البغى يصح وبمجرد استيلاء البغى لا ينعزل قضاء العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم بعد ذلك ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا لان الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق ) استثناء من قوله الجائر واهل البغى اى يجوز تقلده الا اذا لم يمكنه الجائر واهل البغى من القضاء بالحق فحينئذ لا يجوز لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه (واذا تقلد احد القضاء بعد عزل الآخر يسئل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها) من الصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء يكتب القاضى نسختين احديهما فى يد الخصم والاخرى فى ديوان القاضى اذ ربما يحتاج اليها لمعنى من المعانى وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فان كان الورق من بيت المال فلا اشكال فى وضعه فى يد القاضى الجديد وكذا من مال الخصوم او من مال القاضى فى الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا (ويبعث) القاضى الجديد ( امينين ) من ثقاته وهو احوط والواحد يكفى ( يقبضانها ) اى الخرائط ( بحضرة المعزول او امينه ويسألانه ) اى المعزول ( شيئا فشيئا ) للكشف لا للالزام على الغير ( ويجعلان كل نوع فى خريطة على حدة ) فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعان فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء يجمعان فى خريطة وما كان من نسخ الاوقاف يجمعان فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعان فى خريطة ليكون اسهل للتناول ( وينظر ) القاضى الجديد ( فى حال المحبوسين ) لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم فى السجن ويكتب اسماءهم واخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم ( فمن اقر بحق اوقامت عليه به ) اى بالحق ( بينة الزمه ) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بالزمه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس اى ادام حبسه وعامله فى البحر فليطالع ( ولا يعمل بقول المعزول ) فلو قال حبسته بحق عليه لا يقبل قوله وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا وعلله فى الدرر بانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد ليست بحجة خصوصا اذا كانت بفعل

نفسه والايناديٰ عليه ) اياما فان حضر احد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والايأتى فى ذلك اياما على حسب مايرى القاضى ( ثم يخلى سبيله ) اى ان لم يحضر احد بعد النداء ( لكن بعدما يستظهر فى امره ) وفى الاختيار وان لم يحضر لايخليه حتى يستظهر فى امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا فان قال لاكفيل لى فينادى شهرا فان لم يحضر احد اطلقه ( ويعمل ) اى يعمل القاضى الجديد ( فى الودايع وغلات الوقف ) التى وضعها المعزول فى ايدى الامناء ( بالبينة اوباقرار ذى اليد ) لان اقرار غيره غير مقبول قيد بغلات الوقف لانه لايعمل باقرار ذى اليد فى اصل الوقف اذا جحده الوارث ولا بينة ولوقال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا واقر ذو اليد وكذبه الوارث لم يقبل قول القاضى وذى اليد ان لم يقم عليه البينة كما فى البحر ( لابقول المعزول الا اذا اقر ذواليد بالتسليم منه ) اى من المعزول اذ باقراره ثبت ان اليد كان للمعزول سابقا فصح اقرار المعزول كانه فى يده حالا لان من كان بيده حقيقة يقبل اقراره وكذا اذا كان فى يد مودعه لان يده كيد المودع الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى بالاقرار وجعل صاحب العناية وغيره هذه المسئلة على خمسة اوجه فليراجع ( ويجلس ) القاضى ( للحكم جلوسا ظاهرا فى مسجد ) بهيئة يعلم الناس انه جلس لفصل الخصومات لالعبادة اخرى لان النبى عليه السلام جلس فيه للحكم وقال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فسوى بينهما فكان القضاء عبادة فلامنع لحضور المشرك فيه لان نجاسته فى اعتقاده لافى ظاهره والحائض تمنع عن الدخول لكن تقطع خصومتها فى باب المسجد ( والجامع اولى ) من المسجد لانه غير خفى على الغرباء وغيرهم هذا اذا كان الجامع وسط البلد والا فيختار الوسط منهما وقال الشافعى يكره الجلوس للقضاء فى المسجد لانه يحضره المشرك وهو نجس ( ولوجلس فى داره واذن ) للناس ( فى الدخول ) فيها اذنا عاما ولايمنع احدا لان لكل احد حقا فى مجلسه ( فلابأس به ) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان لكن الاولى ان تكون الدار فى وسط البلد ويجلس معه من كان معه فى المجلس ولايجلس وحده لانه يورث التهمة وتبعد عنه الاعوان لانه اهيب ولايحكم وهو ماش اوقائم اومشغول بشئ آخر ويجوز ان يحكم وهو متكئ ولكن القضاء مستوى الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء ويستحب ان يقعد معه اهل العلم ان لم يكن عالما باحوال القضاء لكن لايشاوره عند الخصوم بل يخرجهم اويبعدهم ثم يشاوره وينبغى للقاضى ان يعتذر للمقضى

عليها ويبين له وجه قضائه ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخيل فربما تفسد العامة عرضه وهو برئ * وينبغي للقاضي اذا اختصم اليه اخوان او بنو الاعمام ان لا يعجل بالقضاء عليهم ويدافعهم قليلا كي يصطلحوا لان القضاء وان حق ربما يكون سببا للعداوة وفي البزازية قضى القاضي بحق ثم امره ان يستأنف القضية ثانيا بمحضر من العلماء لايفترض ذلك على القاضي ( ولايقبل ) القاضي ( هدية ) ولو قبلها لان قبولها يؤدي الى مراعاة المهدي فان كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كما في الخلاصة ( الا ) ان له ان لا يردها ( من قريبه ) وهو ذو الرحم المحرم لان في ردها عليهم قطيعة رحم وهي حرام ( او من جرت عادته بمهاداته ) قبل القضاء من الاجنبي لعدم التهمة ( ان لم يكن لهما ) اي للقريب او من جرت عادته بمهاداته ( خصومة ولم يزد على العادة ) حتى لو كان لهما خصومة او زادت على العادة يردها كلها في الاول ومازاد عليها في الثاني وقيده فخر الاسلام بان لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر مازاد ماله لا بأس بقبوله وفي البحر وللقاضي ان يقبلها من السلطان ومن حاكم ابدة واقتصر في التتارخانية على من ولاه وفي الخانية ويجوز للامام والمفتي قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة ( ويحضر الدعوة العامة ) لعدم كونها للقضاء الا اذا كان صاحب العامة احد الخصمين ( لا الخاصة ) لانها جعلت لاجله ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره اوما اذا جرت له عادة بها اولم تجر وفي الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه بلا خلاف كذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي ان على قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب ( وهي ) اي الدعوة الخاصة ( ما لا يتخذ ان لم يحضر ) القاضي فان علم المضيف ان القاضي اذا لم يحضرها لا يتركها فعامة وقيل ان جاوز العشرة فعامة والا فخاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سواهما خاصة ( ويشهد الجنازة ويعود المريض ) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يمكث في ذلك المحل هذا اذا لم يكن المريض احد الخصمين وان كان احدهما ينبغي ان لا يعوده ( و يتخذ مترجما وكاتبا عدلا ) له معرفة بالفقه ويجلس ناحية عن القاضي حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة ( ويسوي ) القاضي ( بين الخصمين جلوسا ) اي من حيث الجلوس بين يديه غير متربعين ولا مقعين ولا محتبين و يكون بين القاضي وبينهما

قدر ذراعين من غير ان رفعه اصواتهما وتقف اعوان القاضي بين يديه و يمنعون الناس عن التقدم اطلق في التسوية بينهما فشمل السلطان والشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والذمي والعبد والحر وانما قلنا بين يديه لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فتفوت التسوية وكذا لو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان جانب اليمين افضل وفي البحر نقلا عن الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه و يجلس خصم السلطان فيه و يقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وحكي ان ابا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم اني لا ميل الى احد الخصمين حتى القلب الا في خصومة النصراني مع الرشيد ولم اسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى ( واقبالا ونظرا ) لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر ولان في عدم التسوية كسرا لقلب الآخر ( ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ) اي لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بعينه ولا بحاجبيه ( ولا يضيفه ) اي احد الخصمين ( دون الآخر ) وفيه اشارة الى انه لو اضافهما معا فلا بأس به ( ولا يضحك اليه ) اي الى احدهما ( ولا يمزح معه ) اي مع احدهما ولا يتلطف به ( ولا يلقنه حجته ) لان هذه الاشياء كلها تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسرا لقلب الآخر ( ويكره تلقينه ) اي تلقين القاضي ( الشاهد بقوله اشهد بكذا ) لان الشاهد يستفيد من قول القاضي زيادة علم فتوجد اعانته وهي تهمة ( واستحسنه ) اي التلقين ( ابو يوسف في غير موضع التهمة ) لانه قد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة وفي الفتح وظاهر الجواب ترجيح ما عن ابي يوسف وفي القنية الفتوى على قول ابي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته واما افتاء القاضي فالصحيح انه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي احد الخصمين قيد بالشاهد ليبان انه لا يلقن المدعي بالاولى وفي الخانية فان امر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول ابي يوسف ( ولا يبيع ) القاضي ( ولا يشتري في مجلسه ) اي في مجلس القضاء واطلقه في البحر فقال ولا في غيره هو الصحيح لان الناس يتساهلون لاجل القضاء هذا اذا كان يكفي المؤنة من بيت المال او يعامل من جانبه والا لا يكره ولو باع مال المديون او الميت لا يكره ( ولا يمزح ) لاذهابه هيبة القضاء ( فان عرض له ) اي للقاضي ( هم او نعاس او غضب

اوجوع اوعطش اوحاجة ) حيوانية ( كف عن القضاء ) قال عليه السلام لايقضى القاضى وهو غضبان وفى رواية وهو شبعان ولانه يحتاج الى التفكر وهذه الاعراض تمنع صحة التفكر ولايؤمن عن الوقوع فى الخطاء ويكره له صوم التطوع يوم القضاء لانه لايخلو عن الجوع ولايتعب نفسه بطول الجلوس ويقعد طرفى النهار واذا طمع فى ارضاء الخصوم ردهما مرة اومرتين وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما فان اخره بعد ماثبت ظلم الا فى الثنتين وغيره القضاء واجب على القاضى بعد ظهور عدالة الشهود حتى لوامتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ويكفر ان لم يعتقد افتراض القضاء بعد توفر شرائطه ( واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما ) اى للخصمين ( مالكما وان شاء سكت ) والسكوت احسن كيلا يكون تهيجا للخصومة وقد قصدا قطعها ( واذا تكلم احدهما اسكت الآخر ) لانهما اذا تكلما جملة لايتمكن من الفهم

## ( فصل )

فى الحبس لما كان الحبس من احكام القضاء ومتعلق به احكام افرده فى فصل على حدة وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة ( فاذا ثبت الحق للمدعى وطلب ) المدعى ( حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لايحبسه ) اى لايعجل بحبسه اذا لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال ( الا اذا امره بالاداء فابى ) حينئذ يحبسه لظهور المماطلة ( وان ثبت ) اى الحق الذى ادعاه واو دانقا ( بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع ) ان طلب الخصم حبسه لظهور المطل بالانكار وقال شريح يحبسه من غير طلبه ( وقيل لا ) يحبس قبل الامر بالدفع لانه اذا ثبت بالبينة ربما لايعلم به ويقول ماعلمت الا الساعة بخلاف الاقرار لكن الاول مختار صاحب الهداية وهو المذهب وصفة الحبس ان يكون لموضع ليس به فراش ولاوطاء ولايمكن احد ان يدخل عليه للاستيناس الااقاربه وجيرانه ولايمكثون عنده طويلا ولايخرج لجمعة وعيد ولالجماعة ولالحج فرض ولالحضور جنازة ولو بكفيل كما فى التبيين لكن فى الخلاصة يخرج بالكفيل لجنازة الاصول والفروع وفى غيرهم لايخرج وعليه الفتوى ولايخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه ولايضرب المحبوس لاجل الدين الا اذا امتنع من الانفاق على قريبه فيضرب ولايغل الا اذا خيف انه يفر فيقيد ولايجرد ولايقام بين يدى صاحب الحق اهانة وتعيين مكان الحبس للقاضى الا اذا طلب المدعى مكانا آخر ( فان ادعى الفقر حبسه فى كل ماالتزمه

بدل مال) ولا يلتفت الى قوله (كالثمن) اطلاقه فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة او خيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة واما اذا قبض المشترى المبيع اولا كما فى البحر (والقرض) اشبوب غنائه بحصول المال فى الصورتين (او لزمه (بالتزامه كالمهر المعجل) قيد بالمعجل لانه لا يحبس فى المؤجل ويصدق فى الاعسار وعليه الفتوى وفى الاصل لا يصدق فى الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله كما فى البزازية (والكفالة) اذ الاقدام على الالتزام دليل اليسار فى الصورتين ويمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثر وفى الخانية رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار مروى ذلك عن الامام وعليه الفتوى وهو خلاف ما اختاره المص تبعا للهداية وذكر فى انفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقده ولم يكن بدل مال والعمل على ما فى المتون لانه اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى وقيل القول للمديون فى الكل وقيل للدائن فى الكل وقيل يحكم بالرأى الا فى الفقهاء والعلوية كما فى البحر (لا فيما عدا ذلك) اى لا يحبس المديون فيما سوى تلك المذكورات كبدل الغصب وضمان المتلفات وارش الجنايات والسرقة والنفقة واعتاق الامام المشتركات وبدل الكتابات ان ادعى المديون الفقر لان الاصل فى الادمى العسرة والمدعى يدعى امرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه (الا اذا برهن خصمه ان له مالا ويحبسه) اى القاضى المديون حينئذ (مدة يغلب على ظنه انه لو كان له) اى للمديون (مال لاظهره وهو الصحيح) وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين او ثلاثة او اربعة او خمسة او ستة او شهر اتفاق وليس بتقدير حتما (وقيل) يحبسه (شهرين او ثلاثة) والصحيح الاول لما بيناه ولو قال المديون حلفه انه ما يعلم انى معسر يجيبه القاضى الى ذلك ويحلفه انه ما يعلم عساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لا يحبسه والمراد من الغناء قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضى عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه كما فى البزازية وفى البحر وظاهر كلامهم ان القاضى لا يحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا او محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم باحدهما ثم يسأل القاضى عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فان قامت على اعساره اطلقه ولا يحتاج

الى لفظ الشهادة وشرطه فى الصغرى والعدل الواحد يكفى والاثنان احوط وكيفيته ان يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فان كان غائبا سمعها واطلقه بكفيل كما فى البزازية ( وان لم يظهر له ) اى للمحبوس ( مال ) بعد سؤاله عنه ( خلى سبيله ) اى خلى القاضى المحبوس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما ( الا ان يبرهن الخصم على يساره ) بشهادة عدلين انه موسر قادر على قضاء الدين ولا يشترط تعيين المال ( فيؤبد حبسه ) لظهور انه يصر على ظلمه من منع حق اخيه فيجازى بتأبيد حبسه ( ولا تسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ ) هو الصحيح لان البينة للاثبات لا للنفى الا اذا اقام المدعى عليه بعد زمان على العسرة فتقبل لان العسار بعد اليسار امر عارض ايضا فيخليه القاضى بلا كفيل الا فى مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب فلا يطلقه الا بكفيل كما فى المنح وفى البزازية اطلق القاضى المحبوس لافلاسه ثم ادعى آخر مالا وادعى انه موسر لا يحبسه حتى يعلم غناه ( ويحبس الرجل لنفقة زوجته ) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق فلا يحبس فى النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست بدل عن مال ولا لدمته بعقد ( لا والد فى دين ولده ) اى لا يحبس اصل فى دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده سواء كان موسرا او معسرا لكن ينبغى ان يقيده بشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون ابيع عرضى واقضى دينى اجله القاضى ثلاثة ايام ولو له عقار يحبسه ويبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل قيد بدين الوالد لان الولد يحبس بدين اصله ويحبس القريب بدين قريبه كما فى البحر ( الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه ) اى على الولد فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين ولا يحبس العبد بدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس ولا يحبس المكاتب بدين الكتابة ويحبس بدين آخر عليه ( ولو مرض ) المحبوس ( فى الحبس لا يخرج ) من الحبس ( ان كان له من يخدمه فيه ) اى فى الحبس لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء

الدين وبالمرض يزداد ضجره ( والا ) اى وان لم يكن له من يخدمه فيه ( اخرج ) من الحبس بكفيل لئلا يهلك كالومرض مرضا اضناه وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى وعن ابى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء ( ولايمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه ) اى فى الحبس ( هو الصحيح ) وقيل لايمنع لان نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك وفى القهستانى ولايواجره فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف لوكان له عمل آجره وادى دينه بماسوى قوته وقوت عياله ( ويمكن من وطئ جاريته ان كان فيه ) اى فى السجن ( خلوة ) قال الزيلعى وغيره ان احتاج الى الجماع لايمنع من دخول امرأته اوجاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطئ من فضول الحوايج انتهى فعلى هذا المناسب للمص ان لايقتصر على الجارية لانه لايمنع من وصول امرأته كذلك تدبر ( واذاتمت المدة ) للحبس على الاختلاف ( ولم يظهر له مال خلى سبيله ) هذا تكرار لكن ذكره توطئة لقوله ( ولايحول بينه وبين غرمائه ) بعد خروجه من الحبس عند الامام ( بل يلازمونه ) لانهم منتظرون الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فيأخذونه منه فضل كسبه ( ولايمنعونه من التصرف والسفر ) تفسير للملازمة يعنى انهم يدورون معه ايمادار ولايمنعونه من التصرف والسفر كما فى العناية ( ويأخذون فضل كسبه ) بلااختياره اواخذه القاضى ( ويقسم بينهم بالحصص ) لاستواء حقوقهم فى القوة لكن المديون لوآثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك ( والملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره ) لايدخلون معه ( وجلسوا على الباب ) الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة ( ولو كان الدين لرجل على امراة ) والمسئلة بحالها ( لايلازمها ) لمافيه من الخلوة بالاجنبية ( بل يبعث امرأة ) امينة ( تلازمها وقالا اذا افلسه الحكم ) اى اذا حكم بافلاسه ( يحول بينه وبين غرمائه ) اى يأمرهم ان يتركوا ملازمته ( الاان يبرهنوا ان له مالا ) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة وعند الامام لايتحقق القضاء بالافلاس وفى قوله الاان يبرهنوا الخ اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة العسار لانها اكثر اثباتا

## ( فصل فى كتاب القاضى )

وانما اخره عن الحبس لانه لما كان لايتحقق فى الوجود الابقاضيين كان مركبا

بالنسبة الى ما قبله والبسيط قبل المركب وترك قوله الى القاضي كما في اكثر الكتب لان هذا الفصل غير مختص به بل بين فيه السجل والمحضر والصك والوثيقة

(اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم) اي القاضي (بها) اي بشهادتهم لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم عليه كما في البحر وغيره لكن لا يخفى ما فيه من التكلف والاحسن ان يقال ان هذا توطئة لقوله وان شهدوا على غائب لا يحكم وليس بمقصود بالذات كما في الدرر (وكتب) القاضي (بالحكم) لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه (وهو) اي كتاب الحكم (السجل) الحكمي لانه سجله اي احكمه بالحكم وفي المصباح السجل كتاب القاضي وسجل القاضي بالتشديد قضى وحكم واثبت حكمه في السجل وفي البحر فالسجل الحجة التي فيها حكم القاضي ولكن هذا في عرفهم وفي عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم القاضي وما يكتب عليه (وان شهدوا على) الخصم (الغائب) كان في محلة اخرى او قرية او بلدة ولا يشترط في ظاهر الرواية مسيرة السفر وعن ابي يوسف يجوز فيما لا يرجع في يومه وفي السراجية وعليه الفتوى ولا يحكم لعدم جواز القضاء على الغائب عندنا ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ بخلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوزه كما في التبيين وهو يدل على ان الحاكم على الغائب اذا كان حنفيا فان حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مقيد لان مقتضى قولهم ان القضاء على الغائب ينفذ في اظهر الروايتين اذا كان القاضي شافعيا كما سيأتي (بل يكتب القاضي بها) اي بالشهادة الى قاض يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي (المكتوب اليه) على وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب (وهو كتاب القاضي الى القاضي) وجه التسمية به ظاهر (والكتاب الحكمي) منسوب الى الحكم باعتبار ما يؤول اليه و(هو نقل الشهادة في الحقيقة) لان القاضي الكاتب لم يحكم بها وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان كان مخالفا لرأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه اذا كان في فصل مجتهد فيه او متفق عليه كما في النهر وفي المبسوط وغيره والقياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان

القاضي الكاتب لو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم الا انه جوز استحسانا لحاجة الناس اليه لما روى ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء ( ويقبل في كل ما لا يسقط بالشبهة ) احتراز عن الحد والقود لان فيه شبهة البدلية عن الشهادة فيصير كالشهادة على الشهادة لان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما قيل فيه شبهة التبديل والتزوير وهما يسقطان بالشبهات ( كالدين ) فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة ( والعقار ) فانه ايضا يعرف بالتحديد ( والنكاح ) سواء ادعى الزوج او الزوجة وكذا الطلاق ان ادعت على الزوج ( والنسب ) من قبل الحي او الميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة ( والغصب ) اذ فيه يلزم القيمة وهي دين ( والامانة والمضاربة المجحودتين ) لانهما كالمغصوبين حكما قيدهما بالمجحودتين لان غير المجحودتين لا يحتاجان الى كتاب القاضي وكذا الشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل الذي يوجب المال لان البعض منها يعرف بالقدر والوصف والبعض الآخر يعرف باحدهما ولا يقبل الكتاب في العين المنقول كالثوب والعبد والامة ونحوها في ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وروى عن ابي يوسف للقاضي ان يقبل في العبد لان الاباق يغلب فيه لا في الامة وعنه ايضا انه يقبل في الامة كالعبد ( و ) روى ( عن محمد قبوله في كل ما ينقل وعليه المتأخرون ) وفي البزازية والمتقدمون لم يأخذوا بقول الامام الثاني وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة ( وبه يفتى ) كما قال الامام الاسبيجابي وهو مذهب الائمة الثلاثة ( ولا بد ان يكون الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما ) بان يقول من فلان بن فلان الى فلان بن فلان وفي العناية ويشترط فيه المعلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم اي المدعى المعلوم على معلوم اي المدعى عليه ( فان شاء قال بعده ) اي بعد ان يقول الى فلان بن فلان ( والى كل من يصل اليه ) الكتاب ( من قضاة المسلمين ) حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ( ويقرأه ) اي القاضي الكاتب الكتاب ( على من يشهدهم عليه ) ليعرفوا ما فيه لانهم يشهدون عند المكتوب اليه ( او يعلمهم بما فيه ) اي في الكتاب ان لم يقرأ اذ لا شهادة بدون العلم ( وتكون اسماؤهم ) اي اسماء شهود الطريق وكذا انسابهم ( داخلة ) في كتابه وفي التبيين وغيره ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما

وبذكر الحق فيه ويذكر شهود الاصل واسمائهم وانسابهم لاجل التمييز ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم هذا اذا كان غير مشهور واما اذا كان مشهورا يكتفى باسمه المشهور ويكتب العنوان فى داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل فيه لى هذا فى عرفهم اما فى عرفنا العنوان ان يكون على الظاهر فيعمل به وفى الدرر ويكتب تاريخ الكتاب ولو لم يكتب فيه التاريخ لا يقبله ( وختمه ) اى الكتاب ( بحضرتهم ) اى بحضرة الشهود ( ويحفظون ) اى الشهود ( مافيه ) اى فى الكتاب لانهم يشهدون به ( ويسلمه ) اى الكتاب ( اليهم ) اى الى الشهود دفعا لتهمة التغيير وهذا عند الطرفين ( وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك ) المذكور ( سوى اشهادهم انه كتابه لما ابتلى بالقضاء ) وهو قول ابى يوسف آخرا قيل اذا كان الكتاب فى يد المدعى يفتى بان الختم شرط وان كان فى يد الشهود يفتى بانه ليس بشرط ( واختار ) الامام ( السرخسى قوله ) اى قول ابى يوسف اخرا ( وليس الخبر كالعيان ) يعنى ان ابا يوسف قبل ان ابتلى بقضاء وعاين مافيه قال فيه مثل ماقالا ولما ابتلى بالقضاء وعاين مافيه قال جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس وان كان الاحتياط فيما قالا ( واذا وصل ) الكتاب الى القاضى ( المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم ) اى لا يأخذ الكتاب الا وقت حضور الخصم لانه لالزامه كما فى الاختيار لكن فى الذخيرة وغيره ان حضوره شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب ( و ) الا ( بشهادة رجلين اورجل وامرأتين ) لان الكتاب قد يزور فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضى ملزم اذ يجب على المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا ببينة ( انه كتاب فلان بن فلان القاضى ) والجملة مفعول قوله بشهادة وفيه اشعار بانه يسلم الكتاب الى المدعى كما ذهب اليه ابو يوسف ( قرأه علينا ) واخبرنا به وختمه ( وسلمه الينا فى مجلس حكمه ) كله خبر بعد خبر وفيه اشارة الى مذهب الطرفين ( وعند ابى يوسف ) يكفى شهادة ( انه كتاب فلان ) القاضى ( وخاتمه ) ولا يشترط ان يقولوا قرأه علينا وسلمه الينا فى مجلس حكمه ( وعنه ) اى عن ابى يوسف ( ان الختم ليس بشرط ) فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضى لكن لابد من اسلام شهوده بالاتفاق ولو كان لذمى على ذمى لانهم يشهدون على فعل المسلم وانما يحتاج اليهم اذا انكر الخصم كونه كتاب القاضى اما اذا اقر فلا حاجة الى الشهود ( فاذا شهدوا ) سواء على ماقالاه او على ماقاله ( فتحه ) اى المكتوب اليه الكتاب بعد ثبوت عدالة الشهود كما فى الهداية وهو الصحيح وفى العناية ان الاصح ماقاله محمد من تجويز الفتح

عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض عدالة الشهود وفي التبيين واو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده وقرأه على الخصم والزمه ما فيه لانه ثبت عنده ما في الكتاب الا ان يقول الخصم لست بفلان الذي شهدوا به واقام البينة ان في هذه القبيلة اثنين بهذا النسب كما في القهستاني (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب) الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم وكذا بخروجه عن الاهلية كالجنون والفسق لان الخروج كالعزل والاخراج حكما لكونه واحدا من الرعايا فكتابه لا يقبل كخطابه لانتفاء الولاية الشرعية وانما قلنا بعد وصوله قبل ان يقرأ عليهم لانه لو مات او عزل بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه على الصحيح وقال ابو يوسف لا يبطل مطلقا سواء مات الكاتب او عزل قبل الوصول او بعده بل المكتوب اليه يقضي به وهو قول الائمة الثلاثة (و) يبطل (بموت المكتوب اليه) وعزله (الا اذا كتب بعد اسمه) اي اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل لان الغير صار تبعا للمعروف المعين بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لعدم التعريف واجاز ابو يوسف حين ابتلي بالقضاء وفي الخلاصة وعليه عمل الناس (لا) يبطل (بموت الخصم بل ينفذ على وارثه) اي وارث الخصم المتوفى لانه قائم مقامه وكذا ينفذ على وصيه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده اطلق الخصم فشمل المدعى والمدعى عليه (واذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضي به) من غير شاهد حتى اذا علم القاضي ان زيدا غصب شيأ من المدعي يأخذه عن زيد ويدفعه الى المدعي وهذا جواب رواية الاصول وفي شرح مختصر الوقاية لابي المكارم وهل يقضي القاضي بعلمه في حقوق العباد اذا علم في مصره حال قضائه وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يقضي بعلمه وفي حدود هي حق الله كحد الزنا والشرب لا يقضي بعلمه وفي القصاص وحد القذف يقضي به واذا علم بحقوق العباد قبل قضائه او في غير مصره فحضر مصره ثم رفع الحادثة اليه فعند الامام لا يقضي بذلك العلم وعندهما يقضي واختلف المشايخ على قوله سواء كان قاضيا على الرستاق اولم يكن ولو علم بحادثة في مصره فعزل ثم اعيد فعنده لا يقضي وعندهما يقضي

( فصل )

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب

على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل يجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأى له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعدد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به ( ويجوز قضاء المرأة ) في جميع الحقوق لكونها من اهل الشهادة لكن اثم المولى لها لحديث لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة ( في غير حد وقود ) اذ لا تجرى فيهما شهادتها وكذا قضاؤها في ظاهر الرواية فلو قضت في حد وقود فرفع الى قاض اخر فامضاه ليس لغيره ان يبطله كما في الخلاصة واما قضاء الخنثى فيصح بالاولى وينبغي ان لا يصح في الحدود والقود لشبهة الانوثة كما في البحر ( ولا يستخلف قاض ) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا وقال الطحاوى انه نافذ ولا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم ( الا ان يفوض اليه ذلك ) الاستخلاف بان قيل من قبل المقلد ول من شئت وفيه اشعار بانه يستخلف بالاذن دلالة كما في القهستاني فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لان معناه التصرف في القضاء تقليدا وعزلا وفي الخلاصة الخليفة اذا اذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلا واذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم فلو استخلف المأمور بالاستخلاف رجلا يقضي للقاضي الذى استنابه اوولد مستنيبه جاز قضاؤه ويقضي النائب بما شهدوا به عند الاصل وعكسه كما في التنوير لكن في البزازية لا يقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب اما النائب يقضي بكلام القاضي اذا اخبره ( بخلاف المأمور بالجمعة ) فانه يستخلف لكونهما على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ( واذا استخلف المفوض اليه ) الاستخلاف ( فنائبه لا ينعزل بعزله ) اي بعزل المفوض اليه اياه لانه صار نائبا عن الاصيل الا اذا فوض اليه ذلك بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت فحينئذ يجوز له العزل ( ولا ) ينعزل ( بموته ) اى بموت المفوض اليه ( بل هو نائب الاصيل ) حقيقة وفيه اشارة الى ان نائب القاضي انعزل بموته كما في هداية الناطفي ولم ينعزل عند كثير من المشايخ والى ان قاضي امير الناحية انعزل بموته بخلاف موت الخليفة حيث لا ينعزل القاضي كما لا ينعزل امراؤه وفي الفواكه البدرية ونائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله وبموته فانه نائبه من كل وجه وفي المحيط اذا عزل السلطان انعزل نائبه بخلاف ما لو مات القاضي حيث لا ينعزل نائبه هكذا قيل ولا ينعزل القاضي اذا عزل السلطان ما لم يصل الخبر اليه كالوكيل ولا ينعزل بعزل نائب القاضي والقاضي اذا قال عزلت نفسي او اخرجت نفسي وسمع السلطان ينعزل والا لا وقيل لا ينعزل اصلا لانه نائب عن العامة ولا يملك عزله ( وغير المفوض ) اليه الاستخلاف

( ان قضى نائبه بحضرته او ) قضى ( بغيبته فاجازه ) الاصيل عند استئناء ( جاز قضاؤه ) اذا كان المستخلف اهلا للقضاء لان المقصود حصول رأى الاول وقد وجد ( كما فى الوكالة ) اى كالوكيل بالبيع والشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز عمله جاز ( واذا رفع الى القاضى حكم قاض اخر فى امر اختلف فيه فى الصدر الاول ) قيل هو زمان الصحابة والتابعين وقيل المراد مايعم من الصحابة والفقهاء المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فى الاصح ( امضاه ) القاضى المرفوع اليه سواء كان موافقا لرأيه اومخالفا لان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد آخر لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول بالقضاء به ولا ينقض بمادونه ( ان لم يخالف الكتاب ) كالقضاء بحل متروك التسمية عمدا اذهو مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه كما فى المنح وغيره لكن الاحسن ان يمثل القضاء بتقديم الوارث على المديون فان الاول نافذ عند الطرفين كما فى القهستانى ( اوالسنة المشهورة ) كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنكاح الثانى بلا وطئ اذهو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة ( اوالاجماع ) كالقضاء بحل متعة النساء لاتفاقهم على فساده ويشترط ان يكون القاضى عالما باختلاف الفقهاء حتى لوقضى بفصل مجتهد فيه وهو لايعلم بذلك واتفق وقوع قضائه فى موضع الاجتهاد لايجب على الثانى تنفيذه وقال شمس الائمة هذا هوظاهر المذهب لكن فى الخلاصة ان هذا الشرط يعنى كونه عالما بالاختلاف وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه انتهى فينبغى ان يعمل بما فى الخلاصة فى زماننا لان قضاة زماننا غالبا لامعرفة لهم بمذاهبهم فضلا عن علمهم بمذاهب بقية المجتهدين وفى البحر تفصيل فليراجع ( وما اجتمع عليه الجمهور لايعتبر فيه خلاف البعض ) كالحكم بجواز بيع درهم بدرهمين لان هذا حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما لكن الصحابة رضى الله عنهم انكروا وردوا عليه قيل فى اصول الفقه يعتبر باختلاف الاول فى مقابلة اتفاق الاكثر لان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا نحن اكثر منكم يقال لامخالفة بين القولين لان المذكور فى الكتاب خلاف وفى الاصول اختلاف فافترقا وذلك ان واحدا منهم اذا خالفهم ان جوزوا له يكون اختلافا وان لم يجوزوا يكون خلافا وفى المنح نقلا عن شرح الادب اوقضى فى موضع الاختلاف يجوز وفى موضع الخلاف لايجوز اراد بالاول ماكان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف واراد بموضع الخلاف مالم يكن معتبرا ولم يعتبر خلاف الشافعى وقيل الخلاف عبارة عن القول المهجور لكونه مقابلا لقول الجمهور وقيل الخلاف

قول بلا دليل معتبر والاختلاف اول قابل معتبر وقيل الطلاق من آثار الزوجة والاختلاف من آثار الزوجة ( والقضاء بحل او حرمة ينفذ ظاهرا ) اى فيما بيننا ( وباطنا ) اى فيما عند الله عند الامام ( ولو ) وصلية ( بشهادة زور ) اذا ادعى ( بسبب معين ) من العقود والفسوخ كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان ( وعندهما لا ينفذ باطنا بشهادة الزور ) وان نفذ ظاهرا وهو قول زفر والائمة الثلاثة ثم فرع بقوله ( فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها تمكينه ) اى اذا ادعت المرأة على الرجل انه تزوجها فاقامت على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها حل له وطؤها وحل لها تمكينها من الوطئ عند الامام لما روى ان عليا كرم الله وجهه قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين فقالت يا امير المؤمنين ان لم يكن بد فزوجنى فقال على شاهداك زوجاك ولم يلتفت قولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زورا بدلالة القصة بناء على ان حكم القاضى بمنزلة انشاء عقد صحيح ولان القاضى مكلف بحسب الوسع فيجب التعديل عليه اذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة اذ الوقوف على هذه الاشياء ممكن ولا يلزم الايجاب والقبول فى انشاء القاضى بالحكم وكذا لا يلزم حضور الاثنين فى خصوص النكاح كما قيل لان ما ثبت فى ضمن صحة القضاء ثبت اقتضاء لا صريحا فلا تراعى شرائطه ( خلافا لهما ) لان شهادة الزور حجة فى الظاهر فيكون القضاء بقدر الحجة ولا يكون حجة فى الباطن فلا يحل لها ذلك عندهما وقال ابو الليث الفتوى على قولهما واثم الشاهدان اثما عظيما ولا بد فى المسئلة من زيادة قيد وهو ان لا يكون فى المحل مانع لانشاء العقد لان قضاءه فيما ليس له ولاية انشائه اصلا لا يفيد الحل بالاجماع وفى القهستانى اذا قضى القاضى بشهود زور انه طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج بعد العدة فانه يحل له الوطئ ظاهرا وباطنا عند الامام وان علم ان الزوج لم يطلقها لا يحل للاول ظاهرا وباطنا واما عندهما فيحل له ولا يحل للثانى اذا علم وعن ابى يوسف انه يحل للاول سرا وعن محمد يحل ما لم يدخل به الثانى ( وفى الاملاك المرسلة ) اى المطلقة وهى التى لم يذكر فيها سبب معين ( لا ينفذ باطنا اتفاقا ) لعدم احتمال الانشاء فى نفس الملك بدون السبب كما فى الصريح كمن ادعى امة انها ملكه مطلقا ولم يقل اشتريتها مثلا واقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى بها لا يحل له وطؤها بالاجماع ( والقضاء فى مجتهد فيه بخلاف رأيه ) والباء فى قوله بخلاف متعلق بالقضاء ( ناسيا او عامدا لا ينفذ عندهما ) لانه قضاء عاد وخطاء عنده

( وبه يفتى ) كما في المحيط والهداية ( عند الامام ينفذ و ) قضى ( ناسيا
وفي العمد روايتان ) عنه في رواية لا ينفذ وفي رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين
وفي الخانية اظهر الروايتين عن الامام نفاذ قضائه وعليه الفتوى وفي الفتح
فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك عمدا
لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد انما ولاه ليحكم
بمذهب الامام فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم كالو امر
السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة يجب عليه عدم سماعها
ولو سمعها وقضى لا ينفذ لانه لا يصير قاضيا بالنسبة الى تلك الحادثة كما في المنح
واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلماء على احد
القولين في عصر آخر هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع وعندهما
لا يرتفع فيكون الخلاف باقيا على حاله ( ولا يقضى ) القاضي اي لا يصح
قضاؤه ( على غائب ) ولا يقضى له عندنا لان القضاء بالبينة وهي لم تعمل
الا اذا سلمت عن الطعن والطاعن غائب خلافا للشافعي وفي البزازية قضى
للغائب او عليه لا يصح الا ان يكون عنه خصم حاضر قال صاحب البحر ولذا
فسرنا بعدم الصحة والاولى ان يفسر بعدم النفاذ لقولهم اذا نفذه قاض آخر
يراه فانه ينفذ واختلف التصحيح في نفاذه فقيل لا ينفذ وقيل ينفذ ورجح الاول
في الفتح وانه لابد من امضاء قاض آخر لان الاختلاف في نفس القضاء قال ظهير
الدين في نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتي بعدم النفاذ كيلا
يتطرقوا الى ابطال مذهب اصحابنا والقائل بان الفتوى على النفاذ خواهر زاده
لكن اشتبه على كثير ان قولهم الفتوى على النفاذ اعم من كون القاضي شافعيا
يراه او حنفيا لا يراه والظاهر انه انما هو في حق من يراه لاجماع الحنفية على انه
لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر ولو كان اعم لزم هدم مذهبنا ( الا بحضرة
نائبه ) استثناء من قوله لا يقضى على غائب اي لا يصح قضاؤه على الغائب
ولا له الا ان يحضر من يقوم مقامه ( حقيقة كوكيله ) وابيه ووصي الميت ومتولي
الوقف وفيه اشارة بان القاضي انما يحكم على الغائب وعلى الميت ويكتب
في السجل انه حكم على الغائب بحضرة وكيله وعلى الميت بحضرة وصيه
( او شرعا ) عطف على قوله حقيقة اي باقامة الشرع عنه ( كوصي نصبه
القاضي ) كما اذا كان المدعى عليه ميتا وله صغير قد نصب له وصيا ( او حكما )
لمن يقوم مقامه من حيث الحكم ( بان كان ما يدعى على الغائب سببا ) لازما
( لما يدعى على الحاضر ) من نحو الملك كما اذا ادعى دارا على حاضر انه اشتراها
من الغائب فانه ان صدقه الحاضر لا يسلمها القاضي الى المدعي فانه قضاء على

الغائب وهذا حيلة لدفع دعوى الخارج وان انكره الحاضر فاقام بينة علوي
قضى القاضي بها عليه وهذا قضاء على الغائب ايضا ولذا لو حضر وانكر
لا يحتاج الى اعادة البينة فالحاضر منتصب خصما عنه حينئذ وكذا لو ادعى على
الحاضر شفعة دار شراها من الغائب او ادعى عليه الكفالة بماله على فلان
الغائب كذا وهذا كفيل عنه بامره يقضي القاضي على الحاضر والغائب
ولو لم يقل بامره لا يقضى على الغائب وكذا لو ادعى حد القذف على قاذفه
فقال القاذف انا عبد وقال المقذوف اعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما
او ادعى المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان وبرهن المدعي ان المالك الغائب
اعتقه تقبل ويقضي عليهما وهي حيلة اثبات العتق على الغائب ولو قال
القاذف ان ام المقذوف امة فلان وقد قذفه بان الزانية فاقام المقذوف بينة
على ان امه بنت فلان القرشية فقضى القاضي بالحد فهو قضاء بالنسب ايضا
كما في اكثر الشروح لكن لا يخفى ان كون امه بنت فلان القرشية لا ينافي كونها
امة لجواز ان امها امة فتكون امة تبعية للام تدبر وفي البحر والمنح انظار كثيرة
فليراجع اليهما (فان كان) ما يدعي على الغائب والاولى وان كان بالواو
(شرطا) لما يدعيه على الحاضر (لا يصح) ولا يكون الحكم على الحاضر
حكما على الغائب هذا قول عامة المشايخ وبعض المتأخرين على ان الشرط
كالسبب لجامع التوقف واطلق ذكر الشرط كما في الهداية لكن في الكافي
ان الاصح هو ان الشرط ان تضمن ضرر الغائب لا يعطى له حكم السبب قال
قاضيخان وهو الصحيح كما اذا قال لامرأته ان طلق فلان زوجته فانت طالق
فاقامت بينة ان فلانا طلق زوجته لا تقبل بينتها في الاصح وان لم يتضمنه فهو
كالسبب كما لو علق طلاق امرأته بدخول فلان الدار فاقامت البينة على
الدخول تقبل بينتها وفي المنح واما حيلة اثبات طلاق الغائب المذكورة في الفصول
وغيره فكلها على الضعف من ان الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها
معلقة بطلاقه ومنها دعواها كفالة نفقة العدة معلقة بالطلاق ومع هذا
لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ (ويقرض القاضي مال اليتيم) وكذا مال
الوقف والغائب لقدرته على استخراجه متى شاء مع حصول منفعة الحفظ
لكونه مضمونا على المستقرض (ويكتب ذكر الحق) اي كتب الصك تذكرة
الحق مخافة النسيان لكثرة اشغاله قال المولى سعدي وفيه اشارة الى ان انتصاب
ذكر الحق علة لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك
(ولا يجوز ذلك) اي الاقراض (للوصي) بالاتفاق لعدم قدرته على
الاستحصال حتى لو اقرض يضمن (ولا للاب في الاصح) وفي المنح وفي الاب

روايتان اظهرهما كالوصى وهو الصحيح كما فى الخانية وفى الخلاصة والخزانة الصحيح ان الاب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما فى المتون ويستثنى من عدم جواز اقراض الاب والوصى على المعتمد اقراضه للضرورة كحوف ونهب فيجوز اتفاقا وفى التنوير ولو قضى القاضى بالجور فالغرم على القاضى فى ماله ان قضى بذلك متعمدا واقر به ولو قضى خطأ فعلى المقضى له

## ( فصل )

فى التحكيم هذا من فروع القضاء وتأخيره ان المحكم ادنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ( ولو حكم ) من باب التفعيل ( الخصمان من يصلح قاضيا ) بكونه اهلا للشهادة فلو حكما عبدا او صبيا او ذميا او محدودا فى قذف لم يصح وتشترط الاهلية وقت التحكيم ووقت الحكم فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه ولو حكم الذميان ذميا جاز لانه من اهل الشهادة فى حقهم ويشترط ان يكون المحكم معلوما فلو حكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا للجهالة ( ليحكم بينهما صح ) الحكم لانهما التزما ورضيا به او لايتهما على انفسهما ( ونفذ حكمه ) اى حكم المحكم ( عليهما ببينة او اقرار او نكول ) لكون موافقا لحكم الشرع بخلاف حكمه بعلمه فانه لا ينفذ ( و ) نفذ ( اخباره ) اى اخبار المحكم ( باقرار احد الخصمين ) بان قال لاحدهما قد اقررت عندى لهذا بكذا وقضيت عليك ( و ) نفذ اخباره ( بعدالة الشاهد ) بان قال لاحدهما قامت عليك بينة فعدلت عندى فحكمت لذلك ( حال ولايته ) اى بقاء تحكيمهما لان الاخبار بالاقرار او العدالة مقيد لوقوعه قبل قوله حكمت مثلا فيصير الاخبار قبل الانعزال بالحكم وتقوم مقام شهادة رجلين قياسا على سائر القضاة بخلاف اخباره بحكمه لانقضاء ولايته كالقاضى المعزول ( ولكل منهما ) اى من الخصمين ( ان يرجع قبل حكمه ) لانه مقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الامور الجائزة فينفرد احدهما بنقضه كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة وشركة ووكالة اذا لم تكن الوكالة بالتماس الطالب ( لا بعده ) اى لا يصح الرجوع بعد حكمه لانه صدر عن ولاية عليهما كالقاضى اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه ( واذا رفع حكمه ) اى حكم المحكم ( الى قاض امضاه ان وافق مذهبه ) لعدم الفائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ( والا ) اى وان لم يوافق مذهبه ( نقضه ) اى لم يمضه لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضى اذا خالف

زناه ( ولا يصح التحكيم في حد ) اذ فيه حق الله ( وقود ) لانهما لا يملكان اباحة دمهما فلا يجوز حكم الحكم فيهما لوقفا حكمه على صحة تحكيمهما وقيل ان حكمه بمنزلة الصلح فيما يجوز فيه الاستيفاء بالصلح واستيفاء الحد والقود غير مشروع بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما ( ويصح التحكيم في سائر المجتهدات ) وغيرها الذي هو الثابت بالكتاب والسنة والاجماع بالطريق الاولى ( قالوا ) اى مشايخنا ( ولا يفتى به ) اى بالتحكيم ( دفعا لتجاسر العوام ) وفي البحر واعلم ان معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل وانما يسكت المفتي كما افاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولا نفتي به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتي يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه انتهى ( ولو حكما في دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ ) لان حكم الحكم لا ينفذ في حق غير المحكمين ولا ينفذ اذا في حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه كما لو حكما في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يرضى البائع الاول والثاني والمشتري بحكمه قيد بكونها على العاقلة لانه ينفذ فيه على القاتل من ماله اذا اقر بالقتل خطأ وان لم يقر به لا ينفذ الحكم عليه بها لكونه مخالفا للنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا واياكم قوموا افدوه ولا يصح حكم المحكم ( ولا المولى ) اى القاضي من جهة السلطان ( لابويه ) وان علا ( وولده ) وان سفل ( وزوجته ) لانه يتهم بحكمه لهم ( ويصح ) حكمهما ( عليهم ) كالشهادة حيث لا يجوز لهم وتجوز عليهم ( ويصح لمن ولاه وعليه ) لان من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليه

## ( مسائل شتى )

جمع شتيت اى متفرقة من كتاب القضاء وهو هنا مرفوع على الوصفية المسائل والمسائل خبر لمبتدأ محذوف فاذا قلت جاء في القوم شتى نصبت على الحال اى متفرقين ( ليس لذى سفل عليه ) اى على السفل ( علو لغيره ان يتد ) اى لا يدق وتدا ( في سفله او ينقب كوة ) بضم الكاف وتشديد الواو وهي الطاقة وفي الديوان بالفتح الروزنة وفي البحر بالفتح نقب البيت ويجمع على كوى بالكسر وقد تضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول وفي الصحاح ان الجميع عند ويقصر ( بلا رضى ذى العلو ولا لذى العلو ان يبنى عليه ) او يضع جذعا لم يكن قبل او يحدث كنيفا بلا رضى ذى سفل عند الامام لكونه من اسباب الضرر فيمنعه القاضي ( وعندهما

... لا ضرر فيه بلا رضاه
[illegible] اى من ... [illegible] ( وقيل قولهما تفسير لقوله ) اى لقول الامام
(الاعظم) اذ هو تصرف فى ملكه ... فلا خلاف بينهم وقيل لا بل
لانه امتنع ما فيه ضرر ظاهر اذ ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل لا بل
بينهما خلاف وهو فى محل وقوع الشك فلا شك فى عدم ضرره كوضع
مسمار صغير يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهرا كفتح الباب ينبغى ان يمنع اتفاقا
وما يشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان
الاصل هو الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو يقتضى الاطلاق والاصل عنده
الحظر لانه تعلق به حق محترم للغير والاطلاق بعارضه الرضى فاذا اشكل لا يزول
المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه
ولذا لا يملك صاحب السفل ان يهدم كالجدار والسقف فكذا نقضه وقول
الامام قياس وهل يمنع صاحب العلو من التصرف فى العلو اختلاف المشايخ على
قول الامام قال صدر الشهيد المختار انه اذا اشكل انه يضر ام لا لا يملك واذا علم
انه لا يضر يملك وفى البحر او انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء
لعدم التعدى ولصاحب العلو ان يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع ويمنعه
من الانتفاع والسكنى حتى يدفع اليه لكونه مضطرا ( وليس لاهل زايغة )
اى سكة ( مستطيلة ) صفة لزايغة اى طويلة ( تتشعب ) اى تتفرع ( منها )
اى من الزايغة المستطيلة ( مستطيلة غير نافذة ) الى موضع آخر ولا له طريق
غير طريق الزايغة المستطيلة ( فتح باب ) فى حائط دارهم ( فى ) السكة
( المتشعبة ) لان فتحه للمرور وليس لهم حق المرور بل هو مختص باهل السكة
المتشعبة لانها ملك لها باجزائها فمن اراد من اهل السكة الاولى فتح باب
فقد اراد ان يتخذ طريقا فى ملك الغير ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع
من قبل القاضى الا ان يكون صغيرا للريح او الضوء فلا يمنع ( وفى النافذة )
( والمستديرة التى لزق طرفاها ) يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ
عوجها رأس السكة والسكة غير نافذة ( لهم ) اى لاهل السكة الاولى ( ذلك )
اى فتح باب فى المتشعبة اما النافذة فلان المرور حق العامة وهم من جملتهم
واما المستديرة التى تصل طرفاها بها فلانها سكة واحدة من اولها الى آخرها
فكان الصحن مشتركا بين جميع اهل السكة حتى لو بيعت دار فى المستديرة تكون
الشفعة لجميع اهل السكة قيل هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل اما اذا كانت
اكثر من ذلك لا يفتح اهل الاولى بابا فيها لكونها سكة على حدة ( ومن ادعى
هبة فى وقت ) يعنى ادعى رجل شيئا فى يد رجل انه وهبه له وسلمه اليه فى وقت
كذا ( فسئل بينة ) اى فسأله القاضى بينة لانكار المدعى عليه ( فقال )

المدعى (جحدني) المدعى عليه (الهبة فاشتريته منه اولم يقل) المدعى (ذلك) اى جحدني الهبة (فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل) برهانه في الفصلين لان المدعى في الحقيقة هو الشراء بعد الهبة (ولو) برهن على الشراء (قبله) اى قبل وقت الهبة (لا يقبل) برهانه كما لو ادعى اولا انها اى الدار مثلا وقف عليه ثم ادعاها لنفسه اوادعاها لغيره ثم ادعاها لنفسه فانه لا تقبل بخلاف ما لو ادعى الملك اولا ثم ادعى الوقف اولغيره فانه يقبل والفرق ان التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لى منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريته منه منذ اسبوع وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلا تقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة وفي التبيين ولو لم تذكر لهما تاريخا اوذكر لاحدهما ينبغي ان تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بان يجعل الشراء متاخرا وفي البحر ان قوله جحدني الهبة اشارة الى انه لا بد من توفيقه (ولو ادعى ان زيدا اشترى جارية فانكر زيد وترك هو) اى المدعى (خصومته حل له) اى للمدعى (وطؤها) اى وطء الجارية وكان الظاهر ان لا يجوز لاقراره بملك الغير وجه الجواز ان المشتري لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذ الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل وبهذه المشابهة جعل الجحود مجازا عن الفسخ الا في النور جحود ما عدا النكاح فسخ فلو جحد انه تزوجها ثم ادعاه وبرهن يقبل برهانه بخلاف البيع (ومن اقر بقبض عشرة) دراهم من رجل (وادعى انها) اى العشرة (زيوف او نبهرجة صدق) مع يمينه لان الدراهم تقع عليهما اطلاقا فتحمل ما اذا بين ذلك موصولا او مفصولا (لا) يصدق (انها ستوقة) لان اسم الدراهم لا تقع عليها وقال صاحب المنح ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق ان كان البيان منه مفصولا وصدق ان كان البيان منه موصولا (ولا) يصدق (ان اقر بقبض الجياد) او حقه او الثمن او بالاستيفاء) لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا اصدق لامكان التأويل فالحاصل انه ان كان موصولا صح في الكل والتفصيل في المفصول والفرق ان في المسائل الثلاث اقر بقبض القدر والجودة معا بلفظ واحد فاذا استثنى كان استثناء البعض من الكل فصح موصولا كقوله له على الف الامانة اما اذا اقر بقبض عشرة جياد فقد اقر بكل منهما بلفظ على حدة فاذا قال

الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة كقوله على مائة درهم ودينار الا دينارا كان باطلا وان كان موصولا كما فى البحر نقلا عن النهاية فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل تدبر ( والزيف ماردہ بيت المال ) للقصور فى الجودة الا انه مقبول بين التجار ( والنبهرجة ماردہ التجار ايضا ) اى كاردہ بيت المال للرداءة ومقبولة عند بعض الناس ( والستوقة ماغلب غشه ) اى ظاهرها فضة ووسطها نحاس اورصاص وهو معرب ستويه قيد بدعوى المقر لانه لواقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها زيوف لم يقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب ثم زعم انها زيوف لم يصدق الوارث وفى التنوير اقر بدين ثم ادعى ان بعضه قرض وبعضه ربوا وبرهن عليه قبل برهانه ( ومن قال لمن اقر له بالف ليس لى عليك شئ ) اوقال بل هو لك اولفلان ( ثم قال ) له ( فى مجلسه ) ذلك ( نعم لى عليك الف لايقبل منه بلا حجة ) لان الاقرار قد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلابد من الحجة او تصديق الخصم ( بخلاف ما وكذب من قال له اشتريت منى هذا ثم صدقه ) فانه يصح لان احد العقدين لاينفرد بالفسخ فلاينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا كما فى الهداية لكن اورد يعقوب پاشا فى حاشيته سؤالا وجوابا فى هذا المحل فليطالع ( ومن قال لمن ادعى عليه مالا ماكان لك على شئ قط فبرهن ) المدعى ( عليه به فبرهن هو ) اى المدعى عليه ( على القضاء او الابراء قبل برهانه ) وقال زفر لايقبل لان القضاء يكون بعد الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى كما يقبل برهانه لو ادعى القصاص على آخر فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على ما ادعاه من القصاص ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عن القصاص على مال وكذا فى دعوى الرق بان ادعى عبودية شخص فانكر فاقام المدعى بينة على دعواه ثم ادعى المدعى عليه اعتاقه واقام بينة تقبل ( وان زاد على انكاره لااعرفك ) اولا رأيتك اولا جرى بينى وبينك معاملة او مخالطة اوما اجتمعت معك فى مكان ( فلا ) يقبل برهانه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين كلاميه لانه لايكون بين اثنين معاملة من غير معرفة وقال القدورى يقبل لامكان التوفيق لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولايعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق وفرع عليه فى النهاية بان المدعى عليه لو كان ممن يتولى الاعمال بنفسه لايقبل لكن فى الاصلاح كلام

يعني جوابه تبع (ولو ادعى على آخر بيع امته منه واراد ردها) اي رد الامة (بعيب فانكر) الآخر البيع (فبرهن المدعي على البيع منه و) برهن (المنكر على البراءة من كل عيب لايسمع برهان المنكر) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد انكره وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تقبل لامكان التوفيق بان باعها وكيله وابرأه من العيب وفي البحر تفصيل فليطالع وفي التنوير اقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح (وذكر ان شاء الله في آخر صك) اي من كتب صك الشرى مثلا وذكر في آخره ما ادرك فلانا من درك فعلى خلاصه ان شاء الله قال وذكر ان شاء الله ولم يقل وكتب لان الكتب المجرد ليس كالذكر في الحكم او كتب ذكر اقرار على نفسه وذكر في آخره من قام بهذا الذكر فهو ولي مافيه ان شاء الله (يبطل كله) اي كل الصك عند الامام قياسا لان الكل كشيء واحد فالاستثناء ينصرف الى الجميع بحكم العطف في اثنائه اما لو ترك فرجة فقالوا لايلتحق به ويصير كما فصل السكوت (وعندهما يبطل آخره) اي مايليه (فقط وهو استحسان لان الاستثناء ينصرف الى مايليه اذ الصك للاستيثاق ولو صرف الى الكل يكون للابطال وفي البحر والحاصل ان الشرط اذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فانه للكل واما الاستثناء فالى الاخير

## (فصل)

في القضاء بالمواريث ذكر هنا مسئلتين تتعلقان باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر (مات نصراني فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولي استحقاق الميراث (وقال وارثه بل) اسلمت (قبله) اي قبل موته ولا ميراث لك (فالقول له) اي للوارث لا قولها بغير بينة وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث يضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة والظاهر لا يصلح للدفع لا للاستحقاق (وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته) النصرانية (اسلمت قبل موته) ولي استحقاق الميراث (وقال الوارث بل اسلمت (بعده) وليس لك الميراث يعني يكون القول للوارث ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهنا يحتاج اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا كما في الهداية والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد كثيرا ما يوجب استحقاقا كما في الفتح (وان قال المودع) بفتح الدال

(هذا ابن مودعي) بكسر الدال (الميت لا وارث له) اى للمودع (غيره) اى غير هذا الابن قيده به لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات ام لا لا يدفع اليه شئ حتى يقيم المدعى بينة بقوله لا نعلم له وارثا غيره دفع (الوديعة اليه) اى الى الابن لان ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن لانه وارث على كل حال وقيد بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشترى منه فانه لا يدفعها اليه كما فى البحر (وان قال) المودع (لآخر) بعد اقراره للاول (هذا ابنه ايضا وكذبه الاول) وقال ليس له ابن غيرى (قضى للاول) لا للثانى لانه لما صح اقراره الاول لكونه خاليا عن الكذب انقطع يد المقر عن الوديعة فلا عبرة لاقراره الثانى لكونه اقرارا على الغير ولم يذكر ضمان المودع للثانى فى الغاية انه لا يغرم للابن الثانى شيئا باقراره له وفى النهاية فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم اقر بان القاضى المعزول سلمه فانه يضمن للقاضى قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضى القاضى وهذا هو الصواب كما فى الفتح (ولو قسم الميراث بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا) اى الشهود (فيها) اى فى هذه الشهادة (لا نعرف له وارثا آخر او غريما آخر لا يؤخذ منهم) اى من الورثة او الغرماء (كفيل وهو) اى اخذ الكفيل من قبل القاضى كما فعله البعض (احتياط ظلم) اى ميل عن سواء الطريق وهذا يكشف عن مذهبه اى المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض وفى الغاية اى دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب على ان الامام اسبق الائمة واصحابه يبرأ عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب وتمامه فى البحر فليطالع (وعندهما يؤخذ) لان فى التكفيل نظرا للغائب على تقدير وجوده وللامام ان وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعا له اطلقه فشمل ما اذا ثبت الدين والارث بالبينة او بالاقرار والخلاف فى الاول ولا خلاف فى اخذ الكفيل فى الثانى وهى واردة على اطلاقه وشمل ما اذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقا وقيد بعدم التكفيل لان القاضى يتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقا (ومن ادعى) على آخر (عقارا ارثا له) اى لنفسه (ولاخيه الغائب وبرهن المدعى عليه) اى على ما ادعاه (دفع اليه) اى الى المدعى (نصفه) اى نصف ما ادعاه مشاعا غير مقسوم (وترك باقيه) اى ترك نصفه الباقى وهو نصيب الغائب (مع ذى اليد بلا اخذ كفيل منه) اى من ذى اليد (ولو)

كان ذو اليد (جاحدا) دعواه عند الامام هذا ظاهر في صورة الاقرار وايضا في صورة الجحود لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما اذا رأى شيئا في يد انسان ولم يعلم لمن هو لا ينازعه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي اذ القضية صارت معلومة فلا يجحد بعده ويصير جحوده قبل ذلك لاشتباه الامر فلا يكون خائنا به ولان يد الجاحد يد ضمان ويد المودع امانة فابقاؤها في يد الاول للحفظ اولى (وقالا) ان لم يكن جاحدا فكذا (وان كان جاحدا اخذ) اي اخذ القاضي (النصف الآخر منه) اي من ذي اليد (ووضع عند امين) حتى يقدم الغائب لخيانته بجحوده فلا يطرى في تركه (وفي المنقول يؤخذ منه) اي من ذي اليد (اتفاقا) اي اذا كانت الدعوى في المنقول فقيل يؤخذ منه ويوضع عند عدل الى حضور صاحبه اتفاقا في الاصح لامكان كتمان المنقول بخلاف العقار لانه محفوظ بنفسه ولذلك ملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون بيع العقار (وقيل) هذا (على الخلاف) يعني عند الامام يترك نصفه الباقي مع ذي اليد ولا يستوثق بنفسه بكفيل وعندهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وقيل يؤخذ الكفيل بالاتفاق في جحوده واجمعوا على انه لا يؤخذ لو مقرا كما في البحر (واذا حضر الغائب دفع اليه) اي الى الغائب (نصيبه بدون اعادة البينة) لعدم الحاجة الى اعادتها والى القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث منه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا او عينا فيقوم مقام جميع الورثة في ذلك كما في التبيين وفي البحر ولم يذكر فيه اختلافا وذكره في الفصولين وصحح انه لا يحتاج وكذا ينتصب احدهم فيما عليه مطلقا ان كان دينا وان كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على الكل وان كان البعض في يده نفذ بقدره وظاهر ما في الهداية والنهاية انه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين ايضا وصرح في الفتح بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو انتهى (ومن اوصى بثلث ماله فهو) اي الثلث (يقع على كل ماله) لانها اخت الميراث والميراث يجري في الكل وكذا هي (ولو قال مالي او ما املك صدقة فهو) يقع (على مال الزكاة) كالنقدين ومال السوائم واموال التجارات بلغ النصاب اولا وسواء كان عليه دين مستغرق لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها هنا عندنا وهو استحسان والقياس استواؤهما وهو قول زفر لان اسم المال يتناول الكل وجه الاستحسان ان ما اوجبه العبد لنفسه معتبر بايجاب الله تعالى امره اذ الشرع صرف الصدقة الى المال الذي فيه الزكاة لا الى كل المال وكذا يصرف ايجاب العبد اليه

بخلاف الوصية لانها تعتبر بالميراث فيجرى فى جميع الاموال ( وتدخل فيه ) اى فى النذر ( ارض العشر عند ابى يوسف ) لكون مصرفها مصارف الزكوة ( خلافا لمحمد ) فانه قال لاتدخل ارض العشر لمافيها من معنى المؤنة وكذا وجب العشر فى ارض الصبى والمكاتب والاوقاف وضم الامام اليه فى النهاية ولاتدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة ( فان لم يكن له ) اى لهذا الشخص ( مال غيره ) اى غيرما دخل تحت الايجاب ( امسك منه ) اى من ذلك المال قدر ( قوته ) اى قوت نفسه وعياله لاحتياجه اليه ( فاذا اصاب ) بعد ذلك ( مالا تصدق بمثل ما امسك ) ليكون مؤديا ما اوجبه ولم يقدر بشئ لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة اشهر وصاحب الضياع السنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال قيد بالمال والملك من غير تعيين شئ للاحتراز عما اذا قال الف درهم من مالى صدقة وهو لايملك الامائة لايلزمه الا بقدر مايملك وان لم يكن له شئ لايجب عليه شئ كما فى البحر ( ومن اوصى اليه ولم يعلم ) الوصى بالايصاء ( فهو وصى ) حتى لو باع شيئا من التركة بعد موت الموصى قبل علم يجوز بيعه وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لايصح بلا اعلام ( بخلاف التوكيل ) اى لايصح بدون علم الوكيل بذلك واذا لو باع شيئا من متاع الموكل لايجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فاثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلا يصح من تثبت له الولاية ( وقبل فى الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان كان ) ذلك الفرد ( فاسقا ) اى لايشترط لصحة التوكيل خبر عدل بل يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلا او فاسقا او عبدا او صغيرا مميزا ولابس فيها الزام كسائر المعاملات لان الوكيل ان شاء يستوفى ( لا ) يقبل ( فى العزل منه ) والظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لكن لامعنى له بل الاولى ان يترك قوله منه واكتفى فى العزل اى لايقبل فى عزل الوكيل تدبر ( الاخبر عدل ) اى لايقبل خبر فاسقين وفيه اشعار بانه لايشترط لفظ الشهادة ( اومستورين ) وظاهر قوله انه لايقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الاحكام لان تأثير خبر الفاسقين اقوى من تأثير خبر العدل بدليل انه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ كما فى البحر وهذا عند الامام ( وعندهما هو ) اى العزل ( كالاول ) اى التوكيل فى انه يقبل فى الاخبار بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل وعند الائمة الثلاثة شرط فى العزل والنصب عدلان ( وكذا الخلاف ) بين الامام وصاحبيه ( باخبار السيد بجناية عبده ) يعنى لو اخبره فاسق

المسيدباب عند محمد خطأ فباع او اعتق لا يصير مختارا للفداء عنده وعندهما يصير (والشفيع بالبيع) يعنى الشفيع اذا سكت بعد ما اخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركا للشفعة عنده وعندهما يكون (والبكر) البالغ (بالتزويج) يعنى اذا اخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح فسكتت لا تصير راضية بالنكاح عنده خلافا لهما (ومسلم لم يهاجر بالشرائع) يتعلق بالاخبار مقدرا اى من اسلم فى دار الحرب فاخبر بالشرائع فاسق لا يؤاخذ عنده خلافا لهما لان كل واحد منهم من جنس المعاملات فلا يتوقف على احد وصفى الشهادة وله ان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط احد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وان وجد العدد او العدالة هذا مقيد بان يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة او اخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه كما ذكره الاسبيجابى لكن فى المنح تفصيل فليطالع (ولو باع القاضى او امينه عبدا) رجل (للغرماء) اى لاجل ديونهم (واخذ المال) اى اخذ القاضى او امينه الثمن (فضاع) عند القاضى او امينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لا يضمن) القاضى ولا امينه الثمن للمشترى لان القاضى او امينه بمنزلة الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فيلزم تعطيل مصالح المسلمين وفى البحر ان امين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك امينا فى بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة (ويرجع المشترى على الغرماء) لان البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل بان كان صبيا او عبدا محجورا عليه (ولو باعه) اى العبد (الوصى لاجلهم) اى لاجل الغرماء (بامر القاضى) له بالبيع وقبض ثمنه (ثم استحق) العبد (او مات قبل قبضه) اى قبض المشترى من (الوصى وضاع المال) اى ثمن العبد (رجع المشترى) بالثمن (على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) اى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل عملا لغيره ولحقه بسببه ضمان يرجع به من يقع له العمل وفى البحر والتقييد بامر القاضى اتفاقى وليعلم حكمه بغير امره بالاولى ولهذا قال الامام الحصيرى وامر القاضى وعدم امره سواء وفى التنوير اخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم اياه حتى هلك كان الهلاك من مال الفقراء والثلثان للورثة (ولو قال لك قاض عدل

عالم قضيت على هذا بالرجم اوالقطع اوالضرب فافعله وسعك فعله ) ولايلام عليه عند الله تعالى * لان طاعة اولى الامر واجبة وتصديقه طاعة له وقول مثل هذا القاضى حجة وقال محمد آخرا وهو مذهب مالك والشافعى لايقبل قوله حتى يعاين الحجة لان قول القاضى يحتمل الغلط والتدارك لايمكن وكثير من مشايخنا اخذوابه وفى عيون المذاهب وبه يفتى لفساد اكثر قضاة زماننا وفى البحر تفصيل فليراجع ( وكذا ) وسعك فعله ( فى ) القاضى ( العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره ) اى لوقال قاض جاهل عادل يلزم ان نسئله عن سببه فاحسن تفسير قضائه على مقتضى الشرع بان قال مثلا استقصيت المقربه كماهو المعروف وحكمت عليه بالرجم يسع لك فعل ماامر به ( والا ) اى وان لم يحسن تفسيره ( فلا ) يسع لك فعل ماامربه لخطائه بسبب الجهل ( ولايعمل بقول غير العدل مطلقا ) سواء كان عالما اوجاهلا لتهمة الخيانة بفسقه ( مالم يعاين سبب الحكم ) اى يعاين سببا شرعيا للحكم فحينئذ يعمل بقوله لانتفاء التهمة ( ولوقال قاض عزل لشخص اخذت منك الفاودفعتها الى فلان قضيت بها ) اى بتلك الالف ( عليك اوقال قضيت بقطع يدك فى حق فقال ) ذلك الشخص ( بل اخذتها ) اى تلك الالف ( اوقطعت يدى ( ظلما ) متعلق باخذت وقطعت على التنازع ( واعترف ) ذلك الشخص ( بكون ذلك ) اى الاخذ اوالقطع ( حال ولايته ) اى ولاية القاضى ( صدق القاضى ولايمين عليه ) لان المدعى اقربكون الاخذ فى حال قضائه فكانه رضى بشهادة الظاهر هوان القاضى لايظلم فى قضائه لكونه امينا فيما فوض اليه ويقبل قوله بلا يمين لانه اولزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لاينفذ فيعطل امور الناس وفى القهستانى وقبل وجوبا قول قاض عدل قضيت انابهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع الى انه لم يقبل وبه اخذ اكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت انابهذا العقار لزيد ان المقضى اوالمقضى عليه معلومان والا لايقبل للتهمة لان القضاة فى زماننا غير معتمد كما فى اكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضى الى االقاضى فى شئ ما كما فى الكرمانى ( ولو قال ) ذلك الشخص القاضى ( فعلته قبل ولايتك اوبعد عزلك وادعى القاضى فعله فى ) زمان ( ولايته فالقول له ) اى للقاضى ( ايضا هو الصحيح ) لانه متى اعترف انه كان قاضيا صحت اضافة الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة وهى منافية للضمان فصار القاضى بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لوقال طلقت واعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا وقوله هو الصحيح

استحقاقا قال السرخسي انا لزم المدعى ان القاضي قال ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث يضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال (والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن) القاطع او الآخذ (هنا) اى فيما قال المدعى فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك (لا) يضمن (في الاول) اى فيما اعترف المدعى بكون ذلك حال ولايته اى اذا اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لم يضمن لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو اقر واحد منهما في الفصل الثاني بما اقر به القاضي يضمن لانه اقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق وفي التنوير صب شخص دهنا لانسان عند الشهود وقال الصاب كانت الدهن نجسة وانكره المالك فالقول للصاب ولو قتل شخص رجلا وقال قتلته لردته او لقتله لم يقبل قوله

## (كتاب الشهادات)

أخرها عن القضاء لانها كالوسيلة وهو المقصود وشروطها كثيرة تأتي في اثناء المسائل حتى قال صاحب البحر ان شرائطها احد وعشرون وشرائط التحمل ثلاثة وشرائط الاداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة ومنها سبعة شرائط خاصة وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرط مكانها واحد وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد عليه بلا طلب انتهى هذا ليس بمسلم لانه لا يجب ان يشهد بدون الطلب مطلقا بل يجب عليه ان يعلم صاحب الحق بانه يشهد له فان دعاه وجب عليه والا فلا يجب بل هو مقيد بان يكون ادعى عند القاضي ولم يجد شاهدا يتم به مدعاه وذلك الشاهد حاضر يجب ان يشهد فهذا فيه طلب حكمي لان المدعى ما ادعى عند الحاكم الا وهو يطلب من يشهد له بحقه كما ذكره المقدسي ومحاسنها كثيرة منها امتثال الامر في قوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط وركنها استعمال لفظ الشهادة وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما ثبت انهما وفي المبسوط والقياس يأبى كون الشهادة حجة ملزمة لانها تحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع والشهادة في اللغة خبر قاطع وقد شهد كعلم وكرم وقد تسكن هاؤه وشهده

كسمعه شهودا حضره فهو شاهد وقوم شهود اى حضور وشهد له بكذا شهادة اى ادى ما عنده فهو شاهد والجمع شهد وتمامه فى البحر فليطالع وفى التبيين هى اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا فى اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من الشهادة التى تنبئ عن المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب انتهى وهو خلاف الظاهر وانما هو معناها الشرعى ايضا كما فى البحر وعن هذا قال (هى) اى الشهادة (اخبار) شرعى (بحق) اى بمال او غيره (للغير) اى حصل لغير المخبر من كل الوجوه كما هو المتبادر فيخرج منه الانكار فانه اخبار به لنفسه فى يده وكذا دعوى الاصيل فانه اخبار لنفسه فى يد غيره وكذا دعوى الوكيل فانه ليس باخبار للغير من كل الوجوه كما ظن كما فى القهستانى (على الغير) فخرج الاقرار اذ هو اخبار على نفسه وتدخل فيه الشهادة بالزنا والبيع ونحوهما (عن مشاهدة لا عن ظن) واليه الاشارة المصطفوية حيث قال اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وفى العناية وفى اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وبعده يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات انتهى ويرد عليه قول القائل فى مجلس القاضى اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات والاولى ان يزاد لاثبات حق كما فى الفتح (ومن تعين لتحملها) اى الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشهادة (لا يسعه ان يمتنع منه) اى من التحمل اذا طلب لان فى الامتناع من التحمل من تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير (ويفترض اداؤها) اى اداء الشهادة (بعد التحمل اذا طلبت الشهادة (منه) اى من الشاهد لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهى عن الشئ يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة التى وقع بها الفعل وهو القلب لما عرف ان اسناد الفعل الى محله اقوى من الاسناد الى كله فقوله ابصرته بعينى آكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القضاء وان كان بعيدا بحيث لا يمكن ان يجئ الى القاضى ويرجع بعده فى يومه هذا الى منزله لا يأثم بتركها ولو كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشى يجوز له الركوب على مركب

المدعى والاعلا وفي البحر لو شهد عند الشاهد عدلان ان المدعى قبض دينه او ان الزوج طلقها ثلاثا او ان المشترى اعتق العبد او ان الولى عفى عن القاتل لا يسعه ان يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل (الا ان يقوم الحق بغيره) بان يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فح لا يفترض لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وفي الدرر ثم انه انما يأثم اذا علم ان القاضى يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضى لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدى الى تضييع الحق قال شيخ الاسلام اواخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة (وسترها) اى ستر الشهادة (في الحدود افضل) من ادائها يعنى انه يخير بين ان يظهرها لما فيه من ازالة الفساد او قلته وبين ان يسترها وهو احسن لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وفي الحديث من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقد صح ان النبى عليه السلام لقن المقر بالزنا ادرء الحد عنه وشهر وكفى به قدوة وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين واما قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فذلك في حقوق العباد وفي البحر تفصيل فليطالع (ويقول) الشاهد (في) شهادة (السرقة) اشهد انه (اخذ) ماله لئلا يلزم ترك الواجب (لا سرق) للتحرز عن وجوب الحد وضياع المال لان القطع والضمان لا يجتمعان فاعتبر في السرقة الستر مع الشهادة وحكى ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم ابو يوسف فادعى رجل على آخر انه اخذ ماله من بيته فاقر بالاخذ فسأل الفقهاء فافتوا بقطع يده فقال ابو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما اقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فاقر بها فافتوا بالقطع وخالفهم ابو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما اقر اولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع ولا يقبل اقراره بعد ما يسقط الضمان عنه فتعجبوا منه (وشرط للزنا اربعة رجال) من الشهود لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة كما في البحر واورد انكم لا تقولون بالمفهوم فمن اين لكم عدم جواز الاولى فاجاب الزيلعى انه بالاجماع واورد المعارضة بين هذه وبين قوله فاستشهدوا شهيدين الآية واجاب في الفتح بانها مجحة ولئن مانعة والا قديم للمانع وجه هذا الاشتراط انه تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب لمن احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين وفي اشتراط الاربع ووصف الذكورة تحقق معنى الستر (و) شرط

(القصاص و بقية الحدود) وكذا الاسلام كما ذكر وردة مسلم كما فى التنوير (رجلان) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فلا تقبل شهادة النساء لقول الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص ولشبهة البدلية لانها قائمة مقام شهادتهم والحال ان الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات (و) شرطت (للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة لقوله عليه السلام شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع وهو قول عطا بناء على ان كل امرأتين مقام رجل واحد وعلى مالك فى اشتراط امرأتين وهو قول الثورى لانه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبرا وفيه اشارة الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد بالولادة فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما فى المبسوط هذا اذا تأيد الشهادة بالاصل لانها لو قالت هى بكر يأجل القاضى فى العنين سنة لان شهادتها تأيدت بالاصل هو البكارة ولو قالت هى ثيب لا تقبل لانها تجردت عن المؤيد وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع كما فى الهداية فان قلت لو ثبت العيب بقولهن لا يحلف البائع بل ترد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب وثبوت العيب انما هو مثبت للرد لا للتحليف قلت معناه العيب يثبت بقولهن فى حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشترى ولاية التحليف (وكذا) شرط شهادة امرأة واحدة (لاستهلال المولود فى حق الصلوة) عليه بالاجماع لانها من امور الدين (لا فى) حق (الارث) عند الامام لانه مما يطلع عليه الرجال (وعندهما فى حق الارث ايضا) اى كما تقبل شهادتها له فى حق الصلوة لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعى واحمد وهو ارجح كما فى الفتح (و) شرط (لغير ذلك) المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان مالا كان) الحق (او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية) والرجعة والاستهلال فى الارث والعتاق والنسب وقال الشافعى لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن قبلت

فى الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليه وبه قال مالك واحمد فى رواية وله ماروى ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن لوجود ماتبتنى اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء ومايعرض لهن من قلة الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لاتقبل فيماتدرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لاتقبل شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن كما فى الهداية وغيرها وقال صاحب العناية ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل وقصور الولاية والجواب عن الاول انه لانقصان فى عقلهن فيماهو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد لعقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس هومناط التكليف وانما هو العقل بالملكة وهو فيهن غير ناقص بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت قلت لوكان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الاركان وليس كذلك وقوله عليه السلام هن ناقصات العقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثانى ايضا وتأمل انتهى (وشرط للكل الحرية) فلاتقبل شهادة العبد (والاسلام) فلاتقبل شهادة الكافر على المسلم ومافى الفتح من ان الذمى اهل للشهادة فى الجملة محمول فيما اذا شهد الكافر على مثله (والعدالة) وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهى الانزجار عمايعتقده حراما فى دينه وهذا بداية اول الاجتناب من الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وعن ابى يوسف ان الفاسق اذ كان وجيها ذامروءة يقبل شهادته والاول اصح الا ان القاضى لوقضى بشهادة الفاسق يصح عندنا خلافا للشافعى ولنا ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لاشرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل للقضاء والشهادة الاان يتم الخليفة من القضاء بشهادة الفاسق فح لاينفذ القضاء بشهادة الفاسق (و) شرط (لفظ الشهادة) اى لفظ اشهد فى جميع ماتقدم لورود عبارة النص كذلك ولكونه من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد (ولاتصح) الشهادة (لوقال اعلم او اتيقن)

مكان اشهد مخالفا للمنطوق به الكتاب واعلم ان كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة كطهارة الماء والموت وهلال رمضان لا يكون الواقع فيه من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الاخبار ( ولا يسئل قاض عن شاهد ) كيف هو ( بلا طعن الخصم ) عند الامام عملا بظاهر عدالة المسلم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف فان طعن الخصم يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية ( الا فى حد وقود ) فانه يسئل القاضى فى السر ويزكى فى العلانية فيهما طعن الخصم اولا بالاجماع لانه يحتال لاسقاطهما فيشترط الاستقصاء فيهما ( وعندهما يسئل فى سائر الحقوق سرا وعلنا ) وان لم يطعن الخصم لان مبناء القضاء على الحجة وهى شهادة العدل قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان عصره مشهود بالخير لكونه قرنا ثالثا وعصرهما مسكوت عنه لكونه قرنا رابعا اذ نشأ فيه الكذب لتغير احوال الناس ( وبه ) اى بقول الامامين ( يفتى فى زماننا ) لان الفساد فى هذا العصر اكثر كما فى اكثر المعتبرات ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ولذا قال فى البحر نقلا عن الملتقط القاضى اذا عرف الشهود بجرح او عدالة لا يسئل عنهم ( ويجزئ الا اكتفاء بالسر ) فى زماننا تحرزا عن الفتنة والتزكية فى السر ان يبعث القاضى امينا الى المعدل العدل ويكتب اليه كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه ومحلته ومسجده فيسئل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم بالعدالة يكتب هو عدل فاذا عرفهم بالفسق يكتب الله اعلم اولا يكتب شيئا احترازا عن كشف السر واذا لم يعرفهم بالعدالة اوبالفسق يكتب هو مستور ويرده الى القاضى سرا كيلا يظهر فيخدع والتزكية فى العلانية ان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلسه لتنتفى شبهة تعديل غيره ( ويكفى للتزكية ) ان يقال ( هو عدل فى الاصح ) لان من نشأ فى دار الاسلام فى زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسئل القاضى عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم ( وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة ) لان العبد او المحدود فى قذف اذا تاب قد يكون عدلا مع انه لا تجوز شهادة كل واحد منهما ( ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ ) فى شهادته ( اونسى ) كيفية الوقعة هكذا قال الامام يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وعنهما انه تجوز تزكيته وهو قول الائمة الثلاثة لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه

لانه لايجوز تعديل الواحد عنده ووجهه الظاهر ان في زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لاتصح واطلق الخصم ولم يقيده لكن قيده صاحب المنح بما اذا كان لم يرجع اليه في التعديل لانه اذا كان ممن يرجع اليه في التعديل صح قوله كما صرح به في البزازية فعلى هذا لوقيده كما قيد صاحب المنح لكان اولى ( فان قال ) الخصم ( هو عدل صدق ) اى عادل صادق ( ثبت الحق ) اى حق المدعى لانه اقرار منه بثبوت الحق بخلاف ما لو قال هم عدول ولم يزد عليه حيث لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يجوز منهم النسيان والخطاء فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا كما في الدرر لكن في البحر نقلا عن الصدر الشهيد انه يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به على وبقوله هم عدول فيما شهدوا به على ( وتكفى الواحد للتزكية السر والترجمة والرسالة الى المزكى ) يعني يصلح الواحد لان يكون مزكيا للشاهد ومترجما عن الشاهد ورسولا من القاضي الى المزكى عند الشيخين لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في القذف التائب لان خبره مقبول في الامور الدينية ( والاثنان احوط ) لان فيه زيادة طمانينة ( وعند محمد لابد من الاثنين ) وهو قول الائمة الثلاثة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ومحل الاختلاف ما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى فيجوز اجماعا هذا في تزكية السر اما في تزكية العلانية يشترط جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغيرهما سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر ولذا يختص بمجلس القاضي وعن هذا قال ( وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر ) وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف ويشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور عند محمد كما في الهداية

## ( فصل )

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو نوعان الاول ما ثبت بنفسه بلا اشهاد والثاني ما لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى الاشهاد فشرع في الاول وقال ( يشهد بكل ما سمعه ) من المسموعات ( او رآه ) من المبصرات ( كالبيع والاقرار وحكم الحاكم ) مثال ما كان من المسموعات كما في الفرائد لكن يمكن ان يكون مثالا لهما كما في البحر ( والغصب والقتل ) مثال ما كان من المبصرات ( وان ) وصلية ( لم يشهد ) من الافعال مبني للمفعول ( عليه ) اى على

[illegible] (ويقول اشهد)

انه باع واقر لانه عاين السبب فوجبت عليه الشهادة به كالعاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذا لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي كما في التبيين لكن في البزازية ولو شهدوا بالبيع جاز ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لان الشراء بثمن مجهول لا يصح (لا) يقول (اشهدني) فيما لا اشهاد فيه لانه غير واقع فيكون كذبا وفي التبيين ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد انه ليس فيها غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء حجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان يشهد عليها الا اذا رأى شخصها حال ما اقرت فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها برؤية شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجي مهري فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان ما دامت حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كما في الدرر ثم شرع في النوع الثاني فقال (ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع اداءها) اي لا يشهد على شهادة شاهد من سمع الشهادة سواء سمع مجلس القاضي او غيره لان هذه الشهادة غير ثابت الحكم بنفسه بل بالقاضي فيستلزم التحميل مع انه لم يحمله حيث لم يشهد عليه (او اشهاد الغير عليها) اي لا يشهد على شهادة شاهد من سمع اشهاده على الشهادة (ما لم يشهد هو) اي شاهد الاصل (عليها) اي على الشهادة توضيحه قال شاهد لشخص اشهد مني ان فلانا اقر عندي بكذا فسمع آخر هذا القول لا يجوز للسامع ان يشهد لان كلا من الشهادة والاشهاد غير ثابت الحكم بنفسه بل بالنقل الى مجلس القضاء وذا يستلزم التحميل والانابة وهو لم يوجد لانه ما حمله بالاشهاد واما تحمل غيره قبل ان سمع عند القاضي ان الشاهد يشهد بشهادة حل للسامع ان يشهد (ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر) اي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا

بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية وجد قضاءه الى بحكم بتلك
الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا الراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط
غيره وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة
او القضية او الرواية قيل هذا عند الامام لان الشهادة والقضاء والرواية لا تحل
الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط (وعندهما يجوز) كل من الشهادة
والقضاء والرواية (ان كان الخط محفوظا في يده) وان لم يتذكر الحادثة لوقوع
الامن حينئذ من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف حينئذ فيما اذا كان محفوظا
في يده فعنده لا يجوز سواء كان الخط محفوظا في يده او لا وعندهما يجوز ان كان
محفوظا في يده والا فلا وقال بعضهم الخلاف مطلق فعند الامام لا يجوز
مطلقا وعندهما يجوز مطلقا لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب
لكن في البحر وغيره وجوز محمد في الكل وجوزه ابو يوسف للراوي والقاضي
دون الشاهد قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يفتى بقول محمد وجزم
في البزازية بانه يفتى بقول محمد وفي السراج وما قاله ابو يوسف هو المعول عليه
وفي المنح وقولهما هو الصحيح فعلى هذا ينبغي للمص التفصيل (ولا يشهد)
احد (بما لم يعاينه) بالاجماع الا في المواضع الآتية (الا النسب) بان فلانا بن فلان
او اخوه (والموت) بان فلانا قد مات (والنكاح) بان فلانا تزوج فلانة (والدخول)
بان فلانا تزوج فلانة ودخل بها (وولاية القاضي) بان فلانا قد تولى القضاء
من جهة فلان الامام (واصل الوقف) بان فلانا وقف هذه الضيعة مثلا
هذا اذا لم يستند الى المالك كما قررناه في آخر الوقف والقياس ان لا تجوز الشهادة
بالتسامع في المسائل المذكورة ايضا ووجه الاستحسان ان هذه الامور تختص
لمعاينة اصحابها وهم خواص الناس وتتعلق بها الاحكام فلو لم تقبل الشهادة
فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه قوله اصل الوقف
احتراز عن شرائطه لما في البزازية وفي الوقف انها تقبل بالتسامع على اصله
لا على شرائطه وهو الصحيح وكل ما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو
من اصله وما لا يتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط وفي الفصول العمادية
المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف وفي المجتبى المختار
ان تقبل كما بيناه في آخر الوقف وظاهر التقييد بما ذكر من الاشياء الستة يدل
على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق واختلف في نقل الاختلاف
في العتق فنقل السرخسي عدم قبولها فيه اجماعا ونقل الحلواني انه على
الاختلاف المنقول في الولاء فعن ابي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر
وظاهر التقييد انه لا تقبل فيه ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة ان فيه

روايتين والاصح الجواز وتمامه في البحر فليطالع (اذا اخبره بها) اى قوله ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره (من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين) لانه اقل نصاب يفيد نوع العلم الذي يبنى عليه الحكم في المعاملات قوله اذا اخبره يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل واما الذي يشهد عند القاضي فلا بد له من لفظها وشرطت في العناية لفظة الشهادة على ما قالوا والاكتفاء باخبار رجلين او رجل وامرأتين قولهما اما على قول الامام فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر (وفي الموت يكفي العدل ولو) كانت (انثى هو المختار) كما في الفتح وغيره لان الناس يكرهون تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد عدل او واحدة عدلة وفي التبيين انه لا بد من خبر عدلين في الكل الا في الموت وصحح في الظهيرية ان الموت كغيره وانما تشترط العدالة في المخبر في غير المتواتر اما في المتواتر فلا يشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة وفي البحر وغيره وفي الموت مسئلة عجيبة هي اذا لم يعاين الموت الا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع قالوا يخبر بذلك عدل مثله واذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما (ويشهد من رأى جالسا مجلس القضاء) حال كون الجالس (يدخل عليه الخصوم انه قاض) اى يحل ان يشهد الرائي على ان ذلك الجالس قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لان ذلك علامة ظاهرة له (و) يشهد (من رأى رجلا وامرأة يسكنان معا) في بيت (وبينهما انبساط الازواج انها زوجته) اى حل له ان يشهد بذلك وان لم يعاين عقد النكاح وظاهره الاكتفاء بالرؤية لكن ذكر غيره انه لا بد من الاخبار بانها زوجته كما في التبيين (و) يشهد (من رأى شيئا سوى الآدمي في يد متصرف) عرف بوجهه واسمه ونسبه (فيه تصرف الملاك انه) اى ذلك الشيء (له) اى المتصرف (ان وقع في قلبه) اى قلب الرائي (ذلك) اى كونه له وان لم يعاين اسباب الملك لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وفي البحر قوله ان وقع في قلبه ذلك رواية عن ابي يوسف قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وفي الفتح قال الصدر الشهيد وبه نأخذ فهو قولهم جميعا انتهى ومن ثمه قيده بوقوعه في القلب فلو رأى درة في يد كناس او كتابا في يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده كما في البزازية (والآدمي) اى لو رأى شيئا وهو آدمي (ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه) اى لا يكون مميزا (فكذلك) يعني يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد بالملك لذي اليد لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وكذلك الصغير الذي لا يعبر عن

حتى نفسه لابد ان يثبت بالاول علمه حقيقة فصار كالمتاع وان كان كبيرا اوصغيرا يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائى ان يشهد بالملك لذى اليد لان لهما يدا على نفسهما اندفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن الامام انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وانه يشهد بالملك لذى اليد بشرط ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما فى الخلاصة وفى البحر ان القاضى اذا رأى عينا فى يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك له كما فى البزازية وغيرها وبه ظهر ان قول الزيلعى فى تقرير ان الشاهد اذا فسر للقاضى انه عن سماع اومعاينة يد لم يقبله لان القاضى لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد انسان سهو انتهى وفيه كلام لان مراد الزيلعى ان القاضى لا يقضى به قضاء محكما مبرما بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل انه صرح قبيل هذا بانه يقضى به قضاء ترك بمعنى انه يترك فى يد ذى اليد مادام خصمه لا حجة له كما ذكره المقدسى تدبر (ولو فسر) الشاهد (للقاضى انه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز فيه ان يشهد بالتسامع بان يقول انى اشهد على هذا بالاستماع (او معاينة اليد) بان يقول اشهد به لانى رأيته فى يده (لا يقبلها) اى لا يقبل القاضى شهادته الا فى الوقف والموت فتقبل لو فسر للقاضى انه اخبره من يثق به على الاصح قال يعقوب باشا وذكر فى بعض الشروح ان الشهادة فى الوقف تقبل ان فسرها وفى النسب والنكاح ايضا وان فسرها فى الاصح وفى الموت ان كان مشهورا وان فسرها بانه سمعه وان لم يعاين انتهى لكن اذا اسند الى من يوثق به كما فى البحر وفى الزاهدى شهدا فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل (ومن شهد انه حضر دفن زيد اوصلى عليه قبلت) شهادته بالاتفاق (وهو) اى حضور دفن زيد اوصلوته عليه (عيان) للموت حكما حتى لو فسر للقاضى قبل لانه لم يشهد الا بعلم فوجب قبولها

## (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط كما فى العناية لكن المشروط هو الشهادة لا من تسمع منه الشهادة تأمل وفى البحر يقال قبلت القول حملته على الصدق كذا فى المصباح والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لان من جملة ما ذكره من لا تقبل الفاسق ولو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبى

والزوجة والولد والاصل لكن فى خزانة المفتين اذا قضى بشهادة الاعمى اوالمحدود فى القذف اذا تاب اوبشهادة احد الزوجين مع آخر لصاحبه اوبشهادة الوالد لولده اوعكسه حتى لايجوز للثانى ابطاله وان رأى ابطاله انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله انتهى (لاتقبل شهادة الاعمى) عند الطرفين سواء كان فيما يسمع اولا لان الاداء يفتقر الى التميز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولايميز الاعمى الابالنغمة وهى غير معتبرة لشبهها بنغمة اخرى وقال زفر وهو رواية عن الامام تقبل فيما يجرى فيه التسامع لانه فى السماع كالبصير وفى البحر واختاره فى الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير حكاية خلاف انتهى لكن لم يذكر فى الخلاصة انه مختار وانما قال وفى النصاب وشهادة الاعمى لاتجوز الافى النسب والموت ومايجوز الشهادة فيه بالشهرة والتسامع فكان ينبغى ان يقول وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كماذكره المقدسى (خلافا لابى يوسف) والشافعى فى الدين والعقار (فيما اذا تحملها بصيرا) وانما قيدنا بالدين والعقار لان فى المنقول لاتقبل شهادته اتفاقا لانه يحتاج الى الاشارة والدين يعرف ببيان الجنس والوصف والعقار بالتحديد وكذا فى الحدود لاتقبل اتفاقا قيد بقوله ان تحملها بصيرا لانه ان تحملها اعمى لاتقبل اتفاقا كما فى شرح المجمع وغيره لكن المراد اتفاق غير مالك والافعنده مقبولة قياسا على قبول روايته تدبر وفى الهداية ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند الطرفين لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس اوجن اوفسق بخلاف ما اذا ماتوا اوغابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة مابطلت وعند ابى يوسف لايمتنع القضاء لانه لااثر فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد اداء شهادته فيكون الاداء عنده حجة (ولا) تقبل (شهادة المملوك) سواء كان قنا اومدبرا اومكاتبا اوام ولد اومعتق البعض (والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولاولاية لهما (الا ان تحملا) اى الشهادة (حال الرق والصغر واديا بعد العتق والبلوغ) لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لاينافيان ذلك وهما اهل عند الاداء واشار الى ان الكافر اذا تحملها على مسلم ثم اسلم فاداها تقبل وكذا الزوج اذا تحملها لامرأته فابانها ثم شهد لها وفى الخلاصة ومتى ردت الشهادة لعلة ثم زالت العلة فشهد فى تلك الحادثة لاتقبل الافى اربعة العبد والكافر على المسلم والاعمى والصبى وفى النصاب اذا شهد المولى له بعده فردت ثم شهد بعد العتق لاتقبل والمراد من الصغر ان يكون صاحب تمييز لان مطلق الصغر ليس باهل لتحمل الشهادة فعلى هذا لو قال والتميز مكان

الصغير كان العدو لكان اولى وفي الايضاح يتقرب باشيا من انه لا يجوز للقاضي ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لا يصح لانه غير مجتهد فيه انتهى كلام لان صاحب الكافي قال ورد شهادة المملوك والصبي حلال بالاتفاق فيما كونهما شهادتهما تمنع (ولا) تقبل (شهادة المحدود في قذف) اي ابدا (وان) وصلية (تاب) عندنا لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى الا الذين تابوا استثناء منفصل لان قوله تعالى اولئك هم الفاسقون كلام مبتدأ ليس من جنس الاول اذ هو اخبار وما قبله امر ونهي فلا يمكن اثبات الشركة بينهما في المعنى فاذا صار منقطعا عن الاول لا ينصرف الاستثناء المذكور الى ما قبله وفي البحر والاوجه انه متصل وتمامه في الفتح فليراجع ولان رد شهادته من تمام حده وفيه اشارة الى ان الشهادة قبل الحد تقبل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد وعن الامام سقوطها بضرب الاكثر وعنه ايضا سقوطها بضرب واحد وعند الائمة الثلاثة تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا اذ الاستثناء في عقب كلمات معطوفات منصرف الى جميع ما تقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة لكن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه لو اقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته كما في التبيين وعلى هذا لو قيد بقوله ان لم يقم بينة على صدق مقالته لكان اولى تدبر (الا ان حد كافرا ثم اسلم) فتقبل على الكافر وعلى اهل الاسلام ضرورة لان هذه الشهادة شهادة اخرى حدثت بعد الاسلام ولم يلحقها رد بسبب الحد بخلاف ما اذا حد العبد ثم عتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة للعبد اصلا في حال رقه فتوقف الرد على حدوثها فاذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (ولا) تقبل (الشهادة لاصله وان) وصلية (علا) سواء كان الجد صحيحا او فاسدا (وفرعه وان سفل) لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولان المنافع بينهما على وجه الاتصال فلا تتم مكن التهمة ولهذا تقبل على اصله وفرعه الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لا تقبل اطلق الفرع فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لاصوله او فروعه او لمن نفوه لانه من وجه وتقبل شهادة الوالد من الرضاع له وتجوز شهادة الرجل لام زوجته وابيها ولزوج ابنته ولامرأة ابيه (وعبده) اي ولا تقبل شهادة المولى لعبده سواء كان على العبد دين او لم يكن لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة المولى لعبده ولانه شهادة من عنده من وجه (ومكاتبه) لكونه عبدا رقبة (ولا) تقبل (من احد الزوجين للآخر) لقوله عليه السلام لانه لا شهادة

الى ان تزوجها ولا الزوج لامرأته وقال الشافعي تجوز بلا فرق وفي الخانية
ان شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته ولو شهد لامرأته وهو
عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها روى ابن شجاع
ان القاضي ينفذ شهادته و بدعلم ان الزوجية المانع منها وقت القضاء لاوقت
الاداء ولاوقت التحمل كما في البحر وفي كلام الخانية اشارة الى ان القاضي
لاينفذ شهادته في العدة لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لاتجوز شهادته
لها ولاشهادتها له انتهى فعلى هذا لوقيده بقوله ولو في عدة من ثلاث لكان
اولى تدبر (ولا) تقبل شهادة (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه
مدع لنفسه فلوشهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (ولا) تقبل
(شهادة المخنث الذي يفعل الردى) لارتكابه المعصية والمراد من المخنث هو
الذي يتشبه بالنساء باختياره في الاقوال والافعال واما الذي في كلامه لين وفي
اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة وفي البحر المخنث بكسر النون وفتحها
فان كان الاول فهو بمعنى المتكسر في اعضائه المتلين في كلامه تشبها بالنساء
وان كان الثاني فهو الذي يعمل به لواطة (ولا) شهادة (النائحة) في مصيبة
غيرها ولو بلا اجر (والمغنية) لارتكابهما الحرام فانه عليه السلام نهى عن
الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قيدنا بمصيبة غيرها لانها لوناحت في مصيبتها
تقبل وكذا المراد بالتغني بين الناس فمجرد التغني لم يسقط العدالة كما في القهستاني
(ولا) تقبل شهادة (العدو بسبب دنياه على من عاداه) لان العداوة لاجل
الدنيا حرام فيظهر بالشهادة عليه عداوته اما اذا شهد لمنفعته قبلت لعدم
ظهور فسقه من عداوته فيحمل على تركها وفي القنية ان العداوة بسبب الدنيا
لاتمنع مالم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها عن نفسه مضرة وما في
الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافها فانه اذا كان
عدلا تقبل شهادته وهو الصحيح وعليه الاعتماد وتمامه في البحر فليطالع (ومدمن
الشرب على اللهو) سواء شرب الخمر او المسكر من المحرمات اذ بالادمان والاعلان
يظهر فسقه هذا اذا شرب على اللهو اما اذا شرب للتداوي فلا يسقط العدالة
لكون الحرمة مختلفا فيها وفي اكثر المعتبرات قالوا انما شرط الادمان ليكون
ذلك ظاهرا منه عند الناس لان من اتهم بشرب الخمر في بيته لاتبطل عدالته
وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او خرج سكران فيسخر منه الصبيان
لان مثله لايحترز عن الكذب فينبغي ان لايكون المراد من الادمان الادمان في النية
بان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجد كما في النهاية لانه لايظهر
الشرب منه كما لايخفى وقيل المراد من مدمن الشرب على اللهو غير شارب الخمر

لانشار بهما مردود الشهادة ولو قطرة ولا حاجة لاشتراط شربهما الى الادمان
ولا الى شربهما على اللهو وقال الصدر الشهيد ان الخصاف يسقط العدالة بشرب
الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح وتمام التحقيق
في البحر فليطالع ( ومن يلعب بالطيور ) لشدة غفلته واصراره على نوع لهو
ولانه غالبا ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وهو فسق اما اذا امسك الحمام
للاستيناس ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح ( او ) يلعب
( بالطنبور ) لكونه من اللهو والمراد من الطنبور كل لهو يكون شنيعا بين
الناس احترز عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لا يمنع قبولها الا ان
يتفاحش بان يرقصون به فيدخل في حد الكبائر ( او يغني للناس ) لانه يجمع
الناس على الكبيرة كما في الهداية وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل
لاسماع نفسه للوحشة وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم المنع والامام
السرخسي انما منع ما كان على سبيل اللهو ومنهم من جوزه لاسماع نفسه دفعا للوحشة
وهو الصحيح كما في اكثر المعتبرات ومنهم من جوزه في عرس او وليمة ومنهم من
جوزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم
من اباحه مطلقا ( او يلعب بالنرد ) من غير شرط المقامرة اوتفويت الصلوة
( او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسببه ) اي بسبب الشطرنج لظهور الفسق
بترك الصلوة وكذا بالمقامرة اما دونهما لا يمنع العدالة لان للاجتهاد فيه مساغا
لقول مالك والشافعي باباحته وهو مروي عن ابي يوسف واختارها ابن الشحنة
اذا كان لاحضار الذهن واختار ابو زيد حله وفي النوازل سئل ابو القاسم عن
من ينظر الى لاعبه من غير ان يحضر فقال لا يصير فاسقا وقد سوى بين النرد
والشطرنج في الكنز فقال او يقامر بالنرد والشطرنج وليس كذلك والحاصل
ان العدالة انما تسقط اذا وجد واحد من خمسة القمار وفوت الصلوة بسببه
واكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق او يذكر عليه فسقا والا فلا بخلاف
النرد فانه مسقط مطلقا كما في البحر وانما لم يذكر الثلاثة الاخيرة لانها معلومة
فلا تساهل في تركها ( او يرتكب ما يوجب الحد ) اي يأتي نوعا من الكبائر الموجبة
للحد لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وفيه دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة
زورا كما في الكافي وفي الدرر هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرا ليمكن
التوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكاب ما من شأنه ان يحد به
بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه
وفي البحر الاعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة ولا تقبل شهادة بائع الاكفان
وقيد السرخسي اذا ترصد لذلك العمل والا تقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون

ولاتقبل شهـادة الصكاكين لانهم يكتبون بخـلاف الواقع والصحيح قبولها اذا غلب عليهم الصـلاح ولاتقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف ولاتقبل شهادة من يشتم اهله ومماليكه كثيرا الااحيانا وكذا الشتام للحيوان ولاتقبل شهادة البخيل والذى اخر الفرض بعد وجوبه ان كان له وقت معين كالصلاة والصوم ولاتجوز شهادة تارك الجماعة الابتأويل ولاتارك الصـلاة وكذا تارك الجمعة بغير عـذر ولاتقبل شهادة اهل السجن بعضهم عـلى بعض وذكر ابن وهبان لاتقبل شهادة الاشراف من اهـل العراق لانهم قوم يتعصبون وفى البحر فعلى هـذا كل متعصب لاتقبل شهادته انتهى فينبغى ان لاتقبل فى زماننا شهادة العلمـاء بعضهم على بعض لانهم متعصبون او يأكل الربوا لانه من الكبائر اى يأخذ القـدر الزائد والمراد بالاكل الاخذ وشرط فى المبسوط ان يكون مشهورا باكل الربوا لان التجار قلما يتخلصون عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلابد من الاشتهار كما فى الدرر (او يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام ومع ذلك يدل على عـدم المبالاة (او يفعل ما يستخف به كالبول والاكل عـلى الطريق) لانه تارك المروة وكذا كل من يأكل غـير السوقى فى السوق بين الناس والمراد بالبول عـلى الطريق اذا كان بحيث يراه الناس وكـذا غيرهما فى المباحات القـادحة فى المروة كصحبـة الاراذل والاستخفـاف بالنـاس وافراط المزح والحرف الدنية من نحو الدباغة والحياكة والحجامة بلا ضرورة كما فى القهستـانى لكن فى البحر الصحيح القبول اذا كانوا عدولا ومثله النخاسون والدلالون (او يظهر سب واحـد من السلف) وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل عـلى قصور عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لايمتنع عن الكذب كما فى الدرر وزاد فى الفتح العلمـاء ولوقال او يظهر سب مسـلم لكان اولى لان العدالة تسقط بسب مسلم بان لم يكن من السلف كما فى النهاية وغيرها قيد بالاظهار لانه لو كتمه تقبل كما فى الهداية (وتقبل الشهادة لاخيـه وعمه) ولسائر الاقارب غـير الولاد (ومحرمه رضاعا ومصاهرة) كام امرأته وزوج بنته وامرأة ابيـه وابنه لان الاملاك ومنافعها متميزة بينهم ولابسوطة لبعضهم فى مال البعض فلا يتحقق التهمة (و) تقبل (شهادة اهل الاهواء) مطلقا سواء كان على اهل السنة اولا بعضهم على بعض اوعـلى الكفرة اذا لم يكن اعتقـادهم مؤديا الى الكفر كما فى الذخـيرة وهم اهل القبلة الذين معتقدهم غـير معتقد اهل السنة فى بعض الامور كالجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشـبهة وكل منهم اثنى عشر فرقة على ماهو المذكور فى الكتب الكلامية وقال الشـافعى لاتقبل

شهادة كلها لاشتداد فسقهم ولنا ان فسقهم كان من حيث الاعتقاد ولم يوقعهم في هذا الهوى الا تدينهم فصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطى (الا الخطابية) هم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم فلا تقبل (و) تقبل شهادة (الذمى على مثله) اى على ذمى آخر (وان) وصلية (اختلفا ملة) كاليهود والنصارى اذ الكفر ملة واحدة وقال ابن ابى ليلى لا تقبل ان اختلفا اعتقادا وفى الدرر وتقبل من كافر على عبد كافر مولاه مسلم او على حر كافر موكله مسلم بلا عكس (و) تقبل شهادة الذمى (على المستأمن) لان الذمى اعلى حالا منه لكونه من اهل دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمى لا بالمستأمن (دون عكسه) اى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه (و) تقبل شهادة (المستأمن على مثله ان كانا من دار واحدة) حتى لو كانا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجرى التوارث بينهما وقال الشافعى ومالك لا تقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى (و) تقبل شهادة (عدو بسبب الدين) اى بامر دينى لانه لا يكذب لدينه كاهل الاهواء هذا تصريح بما علم ضمنا لانه يفهم من قوله ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا (و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اى ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها (ان اجتنب الكبائر) اى كل فرد من افراد الكبائر كما فى اكثر الكتب لكن فى القهستانى نقلا عن الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبائر فلو ارتكب كبيرة مرات قبل شهادته واختلفوا فى الكبيرة والاصح انه ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين (وغلب صوابه على خطئه) اى كثرت حسناته بالنسبة الى سيئاته من اجتنب الكبائر وفى الاختيار ولا بد ان يكون صلاحه اكثر من فساده معتادا للصدق مجتنبا عن الكذب صحيح المعاملة فى الدينار والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضى الله عنه لا تغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته انظروا الى حاله عند درهم ودينار اما الالمام بمعصية لا تمنع قبول الشهادة لما فى اعتبار ذلك من سد باب الشهادة انتهى (و) تقبل شهادة (الاقلف) لاطلاق النصوص عن قيد الختان لكونه سنة عندنا اطلقه تبعا لما فى الكنز لكن قيده قاضيخان وغيره بان يتركه لعذر كالكبر او خوف الهلاك اما اذا تركه على وجه الاعراض عن السنة او الاستخفاف بالدين فلا تقبل فالامام لم يقدر بوقت وغيره من وقت الولادة

الى عشر سنين وقيل الى اثنا عشر ( و ) تقبل شهادة ( الخصى ) فان عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ولانه قطع منه عضو ظلما كما لو قطعت يده ظلما وكذا الاقطع اذا كان عدلا لما روى ان النبى عليه السلام قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فتقبل شهادته كما فى المنح ( وولد الزنا ) لان فسق الابوين لايوجب فسق الولد خلافا لمالك ( والخنثى ) ان لم يكن مشكلا وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا وينبغى ان لاتقبل فى الحدود والقصاص كالنساء ( والعمال ) والمراد بهم عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فتقبل الا اذا كانوا اعوانا على الظلم فلا تقبل كما فى البحر وقيل العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل والحاصل انهم ان كانوا عدولا تقبل والا فلا وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وفى البحر وذكر الصدر ان شهادة الرئيس لاتقبل وكذا الجابى والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم كما فى الفتح ( و ) تقبل شهادة ( المعتق ) بفتح التاء ( لمعتقه ) وعكسه لانه لاتهمة فيها وقد قبل شريح شهادة قنبر وهو جد سيبويه لعلى رضى الله عنه وكان عتيقه وفيه اشعار بان العتيق لو كان متهما لم تقبل ولذا قال فى الخلاصة واو شهد العبد ان بعد العتق على الثمن كذا عند اختلاف البايع والمشترى لاتقبل لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لابطال العتق وفى المنح ولايعارض مافى الخلاصة او اشترى غلامين واعتقهما فشهدا لمولاهما على انه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما لانهما لايجران بها نفعا ولا يدفعان مغرما وشهادتهما بان البايع ابرأ المشترى من الثمن كشهادتهما بالايفاء كما فى الخانية ( والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا ) وقت ( التحمل ) كما بيناه ( ولو شهدا ) اى ابنا الميت ( ان اباهما اوصى الى زيد ) اى جعله وصيا ( وزيد يدعيه ) اى الايصاء قال المولى سعدى والمراد من قوله والوصى يدعى اى الوصى يرضى انتهى لكن الدعوى يستلزم الرضاء بطريق ذكر الملزوم وارادة اللازم تدبر ( قبلت ) شهادتهما ( وان انكر ) ذلك الوصى ( فلا ) اى لاتقبل شهادتهما لان القاضى لايملك اجبار احد على قبول الوصية ( ولو شهدا ان اباهما الغائب وكله ) اى زيدا بقبض دينه او وكله بالخصومة ( لاتقبل وان ) وصلية ( ادعاه ) لان القاضى

لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فتعينهما فشهادتهما تصرف لنفسهما اذ يمكن ان تواضعا مع الوكيل على اخذ المال فلا تقبل للتهمة بخلاف مسئلة الوصية لان القاضي يملك نصب الوصي عند الطلب والحاجة فشهادتهما اولى وهذا استحسان والقياس يمنع الجواز لانهما قصدا من يقوم باحياء حقوقهما فلا تقبل للتهمة والظاهر ان الضمير في قوله وان ادعاه يرجع الى الوكالة اى وان ادعى الوكيل الوكالة فعلى هذا لو قال وان ادعاها بالتأنيث لكان اظهر (واو شهد دائنا ميت) اى او شهد غريمان لهما على الميت دين (انه) اى الميت (اوصى الى زيد) اى جعله وصيا (وهو) اى زيد (يدعيه) اى الايصاء (قبلت) شهادتهما كما اذا شهد الدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما الشاهدين بدين على الميت تقبل شهادتهما عند الطرفين لان كل فرق يشهد بالدين في الذمة ولا شركة في ذلك وتثبت الشركة في المقبوض بعد القبض وقال ابو يوسف لا تقبل لان احد الفريقين اذا قبض شيئا من التركة بدينه يشركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما في المنح (وكذا لو شهد مديوناه) اى او شهد مديونا ميت ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لان الدائنين قصدا من يؤدي حقهما والمديونين قصدا البراءة بالدفع اليه فلا تقبل للتهمة (او) شهد (من اوصى لهما) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (او) شهد (وصياه) بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه (قبلت) استحسانا والقياس يمنع الجواز في الصورتين لانهما ارادا نصب من يوصل حقهما في الاولى ونصب من يعينهما على التصرف في مال الميت في الثانية فالنفع يرجع اليهما فلا تقبل لا يقال بان الميت اذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب آخر لانه يملكه لاقرارهما بالعجز عن القيام بامور الميت بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا في جميع هذه الصور لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصاية كما مر آنفا ولا بد من كون الموت معروفا في الكل اى ظاهرا الا في مسئلة الغريمين للميت عليهما دين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا وفي البحر ولو شهد الوصي بعد العزل للميت ان خاصم لا تقبل والا تقبل كما لو شهد الوكيل بعد عزله للموكل ان خاصم لا تقبل والا تقبل ثم قال نقلا عن البزازية واما شهادة الوصي بحق الميت على غيره بعد ما اخرجه القاضي من الوصاية قبل الخصومة او بعدها لا تقبل وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعد ما ادركت الورثة لا تقبل ولو شهد الوصي لبعض الورثة على الميت اذا كان المشهود له صغيرا لا تجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك عنده وعندهما تجوز ولو شهد لكبير على اجنبي تقبل

فى ظاهر الرواية واوشهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لم تقبل واوشهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل انتهى ( ولا تقبل الشهادة ) حال كونها مشتملة ( على جرح مجرد ) اى جارحية مجردة اى لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من دفع الخصومة عن المشهود عليه ولذا يقال له الجرح المفرد ( وهو ) اى الجرح المجرد ( ما يفسق به ) شاهد المدعى المعدل فان الحكم لم يجز قبل التعديل لاسيما اذا جرح وعند الشافعى تسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف ( من غير ايجاب حق للشرع ) كوجوب الحد ( اوللعبد ) كوجوب المال فلواوجبه تقبل ( نحو ) ان يشهدوا ( هو ) اى الشاهد ( فاسق اوآكل ربوا اوانه استأجرهم ) اوشارب خمر فى وقت اوزان فى وقت اوعلى اقرارهم انهم شهدوا بزور اوان المدعى مبطل فى هذه الدعوى اوانه لاشهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة وانما لم تقبل هذه الشهادات بعد التعديل لان العدالة بعد ما ثبتت لا ترتفع الا باثبات حق الشرع اوالعبد وليس فى شئ مماذكر اثبات واحد منهما بخلاف ما اذا وجدت قبل التعديل فانها كافية فى الدفع ومن القواعد المقررة ان الدفع اسهل من الرفع وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد ولذا قيدنا بالمعدل وغير مقبول بعده بل يحتاج الى نصاب الشهادة واثبات حق الشرع اوالعبد كما فى الدرر فعلى هذا لوقال ولا تقبل الشهادة بعد التعديل كما فى الغرر لكان اولى ( وتقبل ) الشهادة ( على اقرار المدعى بفسقهم ) اى بفسق شهوده لانهم ما اظهروا الفاحشة بل حكوا عنه والاقرار مما يدخل تحت الحكم فهذه الشهادة ليست على جرح مجرد بخلاف الشهادة على اقرار الشهود مع انه لا يدخل تحت الحكم لان فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق فلا تقبل ( و ) تقبل ( على انهم ) اى الشهود ( عبيد ) اواحدهم عبد ( او ) انهم ( محدودون فى قذف او ) انهم ( شاربوا خمر ) الآن ولم يتقادم العهد اذ لو كان متقادما لا تقبل كما مر وكذا تقبل على انهم سرقوا منى كذا اوزنوا النسوة بلا تقادم ما لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى ( او ) انهم ( قذفة ) لفلان وهو يدعيه فان الكل يوجب حقا للشرع وهو الرق فى العبد والحد فى الباقى ( او ) انهم ( شركاء المدعى ) شركة مفاوضة والمدعى مال لوجود التهمة كما اذا شهد ولد المدعى اووالده ( اوانه ) اى المدعى ( استأجرهم لها ) اى للشهادة ( بكذا واعطاهم ذلك ) اى الاجر ( مما عنده ) اى من الشئ الذى عنده فيكون ما موصولة وفى بعض النسخ من مالى عنده اى من مالى الذى كان عنده لان المدعى عليه خصم فى ذلك فثبت الجرح بناء

عليه ( او ) انهم على ( انى صالحتهم بكذا ) من المال ( ودفعته ) اى المال ( اليهم ) اى الى الشهود ( على ان لا يشهدوا على ) بهذا الباطل ( فشهدوا ) فعليهم ان يردوا المال على انهم اخصام فى ذلك ( ومن شهد ولم يبرح ) اى لم يزل عن مجلس القاضى ( حتى قال اوهمت بعض شهادتى ) منصوب على نزع الخافض اى فى بعض شهادتى ( قبل ان كان عدلا ) والمراد بالقبول قبول شهادته لا قبول قوله اوهمت لما فى الهداية فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اى اخطأت بنسيان ما كان بحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فان كان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى اوان المجلس وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف المجلس وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود او فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن الشيخين انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه انتهى وفى الدرر اذا تذكر لفظا بعد ما شهد فى شهادته فذكره يقبل اذا لم يكن فيه مناقضة واطلق فى الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن ذكره الزاهدى

## ( باب الاختلاف فى الشهادة )

تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها بمنزلة تأخير الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما يعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب كما فى العناية ( شرط موافقة الشهادة الدعوى ) لانها لو خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها والشرط توافقهما فى المعنى دون اللفظ حتى لو ادعى المدعى الغصب فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل كما فى اكثر الكتب وما فى الوقاية من انه شرط من موافقة الشهادة الدعوى كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى مخالف لما فى اكثر الكتب تدبر ثم فرعه فقال ( فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا ) اى الشاهدان ( بملك مطلق ردت ) شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق زوائده ولا كذلك فى الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين

( وفي عكسه ) اي ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك بسبب كالشراء اوالارث ( تقبل ) الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعاه فلم تخالف شهادتهما الدعوى المطابقة معنى ( و بذا شرط اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى ) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فالم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطابقة باللفظ والمعنى وهذا عند الامام وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة لاتفاق الشاهدين الاخيرين فيها معنى ثم فرعه فقال ( فلا تقبل ) الشهادة ( لوشهد احدهما بالف اومائة اوطلقة و ) شهد ( الآخر بالفين وبمائتين وبطلقتين اوثلاث ) عند الامام لعدم الاتفاق لفظا ولان الدلالة على الاقل بالتضمن غير معتبر الا ترى انه لوشهد احدهما بانه قال لامرأته انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لا يثبت شئ وان اتفق المعنى كما لو ادعى غصبا اوقتلا فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به حيث لا تقبل وكذا في كل قول جمع مع فعل لا تقبل كما لو ادعى عليه الفا فشهد احدهما انه دفع لهذا المدعي عليه الفا وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بها لا يجمع لان هذا قول وفعل وذكروا انه لا يجمع بين القول والفعل كما في البحر ( وعندهما ) والائمة الثلاثة ( تقبل على الاقل ) اي على الالف اوالمائة اوالطلقة عند دعوى الاكثر لاتفاقهما على الاقل معنى من غير قدح ولو ادعى الاقل لا يثبت شئ عندهم لان المدعي مكذب لشاهد الاكثر وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل كما لو شهد احدهما على الهبة والآخر على العطية لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضير المخالفة فيما سواها وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا وفي البحر تفصيل فليطالع ( ولو شهد احدهما بالف والآخر بالف ومائة والمدعي يدعي الاكثر ) اي الفا ومائة ( قبلت ) شهادتهما ( على الالف اتفاقا ) لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنا وقد انفرد احدهما بالف ومائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفق عليه قيد بدعوى الاكثر لانه لو ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الالف او سكت عن دعوى المائة الزائدة لا تقبل لظهور تكذيبه الشاهد في الاكثر الا اذا ادعى التوفيق بان قال كان اصل حق الفا ومائة لكن ابرأت المائة منها او استوفيت قبلت للتوفيق

(وكذا مائة ومائة وعشرة) يعني لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائة وعشرة والمدعي يدعي الاكثر تقبل على مائة اتفاقا (و) كذا (طلقة وطلقة ونصف) اي شهد احدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة ان ادعى الاكثر بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما عطف وفي البحر شهد احدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي ان تقبل (ولو شهدا بالف او بقرض الف وقال احدهما) اي احد الشاهدين (قضى منها) اي من الالف (كذا) اي خمسمائة مثلا (قبلت) شهادتهما (على الالف) لانه قد اتفقا على وجوب الالف (لا) تقبل (عن القضاء) لانه شهادة فرد (الا ان يشهد به) اي الا ان يشهد معه (آخر) وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة (وينبغي) اي يجب (لمن علمه) اي علم قضاء بعضه (ان لا يشهد) بالالف كلها (حتى يقر المدعي به) اي بما قبض كي لا يكون معينا على الظلم (ولو شهدا بقتله) اي بقتل شخص (زيدا يوم النحر بمكة و) شهد (آخران بقتله) اي بقتل ذلك الشخص (اياه) اي زيدا (فيه) اي في يوم النحر (بكوفة ردتا) بالاجماع لان احديهما كاذبة بيقين ولا مجال للترجيح لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر وكذا لو اختلفا في الزمان او الآلة التي قتل بها ردتا ايضا وقد يكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك في وقتين او مكانين تقبل كما في البحر (فان قضى باحديهما) اي باحد الشهادتين (اولا بطلت) الشهادة (الاخيرة) بالاجماع لان الاولى ترجحت على الاخرى باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا) اي الشاهدان (في لونها) اي في لون البقرة اطلاق اللون يشمل جميع الالوان وهو الصحيح اي قال احدهما حمراء والآخر صفراء او قال احدهما سوداء والآخر بيضاء (قطع) اي قبلت شهادتهما وقطعت يد السارق عند الامام لانهما اختلفا فيما ليس في صلب الشهادة ولذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل شهادتهما مع ان التوفيق ممكن بين اللونين لان السرقة يكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان بان يكون السواد من جانب واحدهما يراه والبياض من جانب والآخر يراه وفي الاصلاح ورد عليه انه احتيال في ايجاب الحد والاصل خلاف ذلك وما قيل في دفعه انه صيانة للحجة عن التعطل وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى ولو قيل يثبت المال لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق الاصول

واقرب الى العقود ( وان اختلفا فى الذكورة والانوثة ) اى قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى (لا ) يقطع اتفاقا لعدم تطابق الشاهدين فى المعنى لاختلافهما فى جنسين متباينين ( وعندهما ) وهو قول الائمة الثلاثة (لايقطع فيهما ) اى فيما اختلفا فى لونهما وفيما اختلفا فى الذكورة والانوثة لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على واحد نصاب الشهادة فصار كالاختلاف فى الذكورة والانوثة قيل هذا الاختلاف فيما اذا ادعى سرقة بقرة فقط من غير تقييد بوصف فاذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء فاختلفا الشاهدان لاتقبل اجماعا كما لاتقبل عند اختلافهما فى المروى والهروى فى سرقة الثوب لان المدعى كذب احدهما (وفى الغصب) يعنى لو شهدا بغصب بقرة واختلفا فى لونها ( لاتقبل اتفاقا ) لان التحمل فيه بالنهار غالبا على قرب منه فلا يشتبه عليهما وفى التنوير وفى العين تقبل ( ولو شهد واحد بالشراء اوالكتابة بالف) متعلق بهما (و) شهد (الآخر) بالشراء اوالكتابة (بالف ومائة ردت ) شهادتهما لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف ومائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولافرق بين ان يكون المدعى هو البايع او المشترى و بين ان يدعى اقل المالين او اكثرهما كما سيجئ وكذا لو اختلفا فى مقدار بدل الكتابة لاتقبل شهادتهما لما قررناه (وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد) فى الصورة الاولى ( والقاتل ) فى الثانية (والراهن) فى الثالثة (والمرأة) فى الرابعة لان هؤلاء لايقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف فلاتقبل (وان ادعى الآخر) اى المولى فى العتق على مال وولى المقتول فى الصلح عن قود والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع بان يدعى ولى العبد انى اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف اوادعى ولى القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيان (كان كدعوى الدين ) فيماذكر من الوجوه من انها تقبل على الف اذا ادعى الفا ومائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما وان ادعى الاقل من المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن اذا كان المدعى هو الراهن لاتقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا وفى العناية والدرر كلام فليطالع ( والاجارة كالبيع عند اول المدة ) يعنى اذا كانت الدعوى فى الاجارة

(وكذا المدة قول استيفاء المعقود عليه واختلف الشاهدان لانقبل كما لاتقبل وشرط الاختلاف في البيع للحاجة الى اثبات العقد سواء ادعى الموجر او المستأجر وطلقواء كانت الدعوى باقل المالين او اكثرهما (وكالدين بعدها) اى بعد المدة اى ثبت ما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل اما اذا كان المدعى هو الاجر فانه لاحاجة حينئذ الى اثبات العقد واما ان كان المستأجر فلان ذلك منه اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا ان ادعى الاكثر وان اقل لاتقبل شهادة من شهد بالاكثر لان المدعى يكذبه وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه كما في العناية (وفي النكاح تقبل) الشهادة (باقل) اذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بان شهد احدهما بالنكاح بالالف والآخر بالف ومائة عند الامام (استحسانا) لان المال في النكاح تابع ومن حكم التبع ان لايغير الاصل ولذا لايبطل بنفيه ولايفسد بفساده وكذا لايختلف باختلافه اذا اتفقا على الاصل وهو الملك والحل فيلزم القضاء به فبقي المهر مالا منفردا وقضى باقل المالين (ولا فرق فيه بين دعوى الاقل او الاكثر) وهو الصحيح وبين كون الدعوى من الزوج او الزوجة وهو الاصح لان المنظور اليه هو النكاح وهو لايختلف باختلاف المهر لكونه غير مقصود فلزوم اكذاب شاهد الاكثر عند دعوى الاقل لايضر في ثبوت النكاح وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان المدعى هو الزوج لاتقبل اجماعا (وقالا) وهو قول الائمة الثلاثة (ردت) الشهادة (فيه) اى في النكاح (ايضا) اى كما في البيع ولايقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب اذ النكاح بالف غير النكاح بالف ومائة وذكر في الامالى قول ابي يوسف مع قول الامام فالعمل بالاستحسان اولى وفي الاشباه وغيره ولو اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ولو اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لاتقبل وفي البحر تفصيل فليراجع (ولابد من الجر في شهادة الارث) يعني اذا ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه وشهدا ان هذه كانت لابيه لايقضى له حتى يجر الميراث حقيقة (بان يقول الشاهد مات وترك ميراثا للمدعى) او حكما كما اشار اليه بقوله (او مات وهذا ملكه او في يده) وتصرف اما ان قال انه كان لابيه لاتقبل شهادته لعدم الجر حقيقة وحكما هذا عند الطرفين (خلافا لابي يوسف)

فانه قال تقبل شهادته بلا جر لان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ولهما ان ملك الوارث يتجدد في الاعيان وان لم يتجدد في حق الديون ولهذا يجب الاستبراء على الوارث في الجارية الموروثة و يحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا لكن يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده لان الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوى اسبابه و يبين ما كان من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك كما في العناية والدرر وقال صاحب المنح ولابد مع الجر المذكور من بيان سبب الوراثة واذا شهدوا انه اخوه فلابد من بيان انه اخوه لابيه وامه اولاحدهما ولابد من قول الشاهد لا وارث له غيره ولو قال لا وارث له بارض كذا تقبل عنده خلافا لهما وذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدوا انه جده ابو ابيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون اسم الميت ( فان قال ) الشاهد ( كان هذا الشئ لاب المدعى اعاره من ذى اليد اواودعه اياه قبلت ) الشهادة ( بلا جر ) لان يد المستعير والمودع والمستأجر يد الميت فصار كانه شهد بان اباه مات والمنزل في يده ( وان شهدا ان هذا الشئ كان في يد المدعى منذ كذا ) والحال انه ليس في يده عند الدعوى ( ردت ) شهادتهما وعند ابى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ( ولو شهدا انه كان ملكه قبلت ) فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالاخذ من المدعى والوجه الظاهر وهو قول الطرفين ان الشهادة قامت بمجهول فان اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضاء بالشك بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد و بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وعن هذا قال وان شهدا انه كان ملكه قبلت شهادتهما لما مر ( ولو اقر المدعى عليه انه كان في يد المدعى امر بالدفع اليه ) اى الى المدعى لان الجهالة في المقربه لا تمنع صحة الاقرار ( وكذا ) يؤمر بدفعه ( لو شهدا باقراره ) اى اقرار المدعى عليه ( بذلك ) اى بانه كان في يد المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به

## ( باب الشهادة على الشهادة )

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الاصول ( تقبل ) الشهادة على الشهادة استحسانا في جميع الحقوق كالاموال والوقف على الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه

والعزمية كما في الدرر وفي الاختيار رواية عن ابي يوسف وعن الامام الاوزجندي
لم تقبل وقضاها القاضي وكله كما في القهستاني (في غير حد وقود وان) وصلية
(تكررت) مرتين او مرات اى تجوز في درجات ثم ثم كما تجوز في درجة وكان
القياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية والنيابة لا تجري فيها ووجه
الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض
العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اى
وان تعددت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال
وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص وعند الائمة الثلاثة تقبل في اسقاطهما ايضا (وشرط لها)
اى لهذه الشهادة (تعذر حضور الاصل) اى اصل الشاهد على القاضي
لادائها باحد من الاسباب الثلاثة (بموت) اى بموت الاصل كما في العناية
وغيرها لكن في القهستاني نقلا عن النهاية ان الاصل اذا مات لا تقبل شهادة فرعه
فيشترط حيوة الاصل (او مرض) اى يكون مريضا مرضا لا يستطيع به
حضور مجلس القاضي وفيه اشعار بانها تقبل اذا كان الاصل مخدرة وهي التي
لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء الحاجة او الحمام كما في المنية وكما اذا حبس
الاصل في محبس الوالي واما في محبس القاضي ففيه خلاف كما في السراج وعلى
هذا ان ذكر المرض ليس بحصر (او سفر) شرعي في ظاهر الرواية وعليه
الفتوى لان جوازها عند الحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء
يتحقق العجز بلا ريب فلو كان الفرع بحيث لو حضر الاصل مجلس الحكم امكنه
البيتوتة في منزله لم تقبل وعند اكثر المشايخ وهو قول الائمة الثلاثة تقبل وعليه
الفتوى كما في السراجية والمضمرات قالوا الاول احسن والثاني ارفق وعن محمد
انه تجوز كيف ما كان ولو كان الاصل في المصر (و) شرط (ان يشهد
عن كل اصل اثنان) لان شهادة واحد على شهادة واحد ليس بحجة خلافا
لمالك (لا) يشترط (تغاير فرعي الشاهدين) بل يكفي الفرعان للاصلين
فيشهد رجلان على شهادة اصل واحد ثم شهد هذان الشاهدان
على شهادة اصل آخر في حادثة واحدة فتقبل عندنا وقال الشافعي
رضي الله تعالى عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره
مطلقا من غير تقييد بالتغاير ولم يرو غيره خلافه فجعل الاجماع حجة لما
ثانيا فيه بل لا بد عنده ان يكون شهود الفرع اربعة لان كل فرعين
قاما مقام اصل واحد فصارا كالمرأتين وذكر في الكنز ان شهد رجلان على
شهادة شاهدين انتهى وظاهره ان يكون ذلك شرطا فلا تقبل شهادة [illegible]

على الشهادة كما قاله الشافعي في الحاوي وليس كذلك بل هو شهود وما وقع
في الكنز اتفاقي لانه يجوز ان يشهد عليهما رجل وامرأتان لتمام النصاب
وانما الاشتراط ان يكون الشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد
على شهادتها رجلين اورجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل
امرأة نصاب الشهادة كما في التبيين وغيره (صفتها) اي الشهادة على
الشهادة (ان يقول) الشاهد (الاصل) اي اصل كل من الفريقين عند
التحميل مخاطبا الفرع (اشهد) عند الحاجة امر من الثلاثي فلو اشهد رجلا
وهو لا يسمعه لم يجز له ان يشهد (على شهادتي) فلو لم يذكره لم يجز
خلافا لابي يوسف فانه معلوم كما في المحيط (اني اشهد بكذا) اي بان فلان بن
فلان بن فلان اقر عندي له بالف درهم والجملة بدل من المجرور قيد بقوله على
شهادتي لانه لو قال اشهد علي بذلك لم يجز له الشهادة وقيد بعلى لانه لو قال
بشهادتي لم يجز له كما في التبيين قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء
القاضي صحيحة وان لم يشهدهما القاضي عليه وذكر في الخلاصة اختلافا بين
الامام وابي يوسف فيما اذا سمعاه في غير مجلس القضاء واشار بعدم اشتراط
قبوله الى ان سكوت الفرع عند تحمله يكفي لكن لو قال لا اقبل ينبغي ان لا يصير
شاهدا كما في القنية ولا ينبغي ان يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل
عنده (ويقول) الشاهد (الفرع عند الاداء اشهد) على صيغة المتكلم
(ان فلانا اشهدني) ماض من الافعال (على شهادته بكذا وقال لي اشهد)
امر من الثلاثي (على شهادتي به) اي بكذا لانه لا بد من شهادة الفرع وذكر
الفرع شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا بان يقول الاصل
اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي ويقول الفرع عند
القاضي وقت الاداء اشهد ان فلانا يشهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني
على شهادته وامرني بان اشهد على شهادته انا اشهد على شهادته اواقصر منه
بان يقول الاصل اشهد على شهادتي بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان
بكذا ذكره محمد في السير الكبير وهو مختار الفقيه ابي جعفر وابي الليث والامام
السرخسي وهو اسهل وايسر لكن المص اختار الاوسط لما قالوا خير الامور
اوسطها (ويصح تعديل الفرع اصله) وهذا ظاهر الرواية وهو الصحيح
كما في البحر لان الفرع ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي
حكم النيابة فيصير اجنبيا فيصح تعديله والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند
القاضي عدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل اصولهم
كما في المنح وفيه ايماء الى انه يجب ان يكون الاصل عدلا فلو خرس او فسق

او عمى او ارتد لم تقبل شهادة فرعه كما في الخزانة والى انه لو غاب كذا سنة وإن علم بقاؤه على عدالته قبلت شهادة فرعه ان كان الاصل رجلا مشهورا كما في الذخيرة (و) يصح تعديل (احد الشاهدين) الفرعين الذي هو عدل عند القاضي الفرع (الآخر) الذي لم تعلم عدالته لانه من اهل التزكية وقيل لا تقبل لانه لما عدل لصيّر مقبول الشهادة وهي منفعة لنفسه فيتهم ولا يخفى انه مغن عن السابق وشامل لتعديل الاصل فرعه اذا حضر وقد صحح ذلك كما في القهستاني (فان سكت) اي الفرع (عنه) اي عن تعديل الاصل (جاز ونظر) اي نظر القاضي (في حاله) اي حال الاصل كما لو حضر الاصل بنفسه ويسئل عن عدالة الاصل غير الفرع لكون الاصل مستورا (وان ثبتت عدالته تقبل) شهادة فرعه (عند ابي يوسف) وهو المختار لان الواجب على الفرع هو النقل لا التعديل اذ يخفى عليه عدالته (وقال محمد ترد شهادته) لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لا يجوز نقله فترد شهادة الفرع على شهادته (وتبطل شهادة الفرع) قبل الحكم (بانكار الاصل الشهادة) اي الاشهاد بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لان التحمل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وتقرر الاصل على شهادته شرط لصحتها بخلاف ما لو اشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح نهيه كما في الشرنبلالية قيد بالانكار لانه لو سئل فسكت لم يبطل الاشهاد وقيدنا بقبل الحكم لانه لو انكر بعد الحكم لم يبطل لما قال يعقوب باشا في حاشيته ومراده من بطلان شهادة الفروع عدم قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل (وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية) انها اقرت لفلان بكذا (وقالا) اي الفرعان (اخبرانا) اي الاصلان (انهما يعرفانها) اي الفلانة (وجاء المدعي بامرأة) منكرة (لم يدريا) الفرعان (انها) اي هذه الامرأة (هي) اي الفلانة (ام لا قيل له) اي قال القاضي للمدعي قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لا ندري اهي هذه ام لا يوجب جرحا في الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول الا انها غير تامة لكونها عامة اذ عددهم لا يحصى واذا قال له (هات شاهدين انها هي) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة وهي منكرة فلابد من اثبات انها اياها (وكذا في نقل الشهادة) وهو كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل وانما صورهما في المرأة مع ان الحكم كذلك افادة عدم المعرفة في المرأة (فان قالا) اي الشاهدان

( فيهما ) اى فى الشهادة والنقل فلانة بنت فلان ( التميمية لا يجوز ) قولهما لان مثل هذه النسبة غير تامة فى التعريف لكونها عامة مع كونها فى امرأة ( حتى ينسباها الى فخذها ) وهى القبيلة الخاصة يعنى عند عدم ذكر الجد وهذا لان التعريف لابد منه فى هذا ولا يحصل بالنسبة العامة كالنسبة الى بنى تميم فقط لانهم قبائل كثيرون لا يحصى عددهم ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ( والتعريف تم بذكر الجد ) او الفخذ ( او بنسبة خاصة ) ثم بينها بقوله ( والنسبة الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة ) وفى البحر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفى الغائب لابد من ذكر الاسم والنسب والنسبة الى الاب لا تكفى عند الطرفين ولابد من ذكر الجد خلافا للثانى فان لم ينسب الى الجد ونسبه الى الاب الاعلى كتيمى او بخارى والى الحرفة لا الى القبيلة والجد لا تكفى عند الامام وعندهما ان معروفا بالصناعة تكفى وان نسبها الى زوجها تكفى والحق الاعلام وتمامه فيه فليطالع

## ( باب الرجوع عن الشهادة )

وجه المناسبة لما قبله وتأخيره عنه ظاهر لان الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة وترجم بالباب تبعا للكنز مخالفا للهداية اذ ليس له ابواب متعددة وهو وان كان رفعا للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض فى الطهارة قبل ركنه قول الشاهد رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت به او كذبت فى شهادتى فلو انكرها لم يكن رجوعا وشرطه ان يكون عند القاضى ومن هذا قال ( لا يصح الرجوع عنها ) اى عن الشهادة ( الا عند قاض ) سواء كان هو القاضى الاول او غيره لان الشهادة تختص بمجلسه فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضى ( فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما ) اى رجوع الشاهدين ( عند غيره ) اى عند غير القاضى ( لا يحلفان ) اى الشاهدان اذا اراد المشهود عليه التحليف ( ولا يقبل برهانه ) اى برهان المشهود عليه ( عليه ) اى على رجوعهما لانه ادعى رجوعا باطلا ( بخلاف ما لو ادعى ) المشهود عليه ( وقوعه ) اى وقوع الرجوع ( عند قاض آخر ) غير الذى كان قضى بالحق ( وتضمينه ) عطف على قوله وقوعه اى تضمين القاضى المال ( اياهما ) اى الشاهدين واقام بينة تقبل بينته ويحلفان ان انكرا لان السبب صحيح كما لو اقر عند القاضى انه رجع

[illegible] القاضي فيه صحيح [illegible] رجوع [illegible]

كما في البحر وفي الفتح [illegible] القاضي [illegible]

والشهود لا يصح [illegible]

موجبا للضمان لا بالاتصال بالقضاء (فإن رجعا) أي الشاهدان [illegible]

(قبل الحكم لا يحكم) القاضي [illegible]

[illegible] الا [illegible] لكن [illegible]

[illegible]

الحكم بالأصل لأن [illegible]

المصنف (وإن) رجعا (بعده) أي بعد الحكم (لم ينقض) [illegible]

حكمه لأن الكلام الأول [illegible]

شامل لما إذا كان الشاهد [illegible]

[illegible] كما في أكثر [illegible] لكن في [illegible]

بعد القضاء [illegible] الرجوع [illegible]

في [illegible] صح رجوعه في حق [illegible]

[illegible] على المشهود [illegible]

عند الشهادة في [illegible]

المشهود به على المشهود عليه [illegible]

صاحب البحر [illegible] المذهب [illegible]

الضمان على الشاهد إذا رجع [illegible]

[illegible]

في الخلاصة [illegible] وهذا قول الإمام الأول وهو قول [illegible]

حماد ثم رجع [illegible] هذا القول وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال [illegible]

[illegible] على المشهود [illegible]

صاحب البحر [illegible] المذهب [illegible] الصواب أنه قول [illegible]

مرجوع عنه [illegible] (وضمنا) أي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه (ما أتلفاه)

أي بشهادتهما [illegible] الضمان [illegible]

للسبب عند وجود المباشر [illegible] الضمان على المباشر [illegible]

لأنه كالملجأ إلى القضاء [illegible]

المدعي لأن الحكم ماض [illegible] (إذا قبض المدعي [illegible]

دينا كان أو عينا) لأن الإتلاف به يتحقق [illegible]

والزام الدين [illegible] وهو مختار السرخسي

وصاحب الجمع وغاية البيان في اطلاقهم وقد صرح في الخلاصة
والبزازية وغيرهما بالضمان بعد القضاء قبض المدعى المال اولا قالوا وعليه
الفتوى وفي الخلاصة انه قول الامام الآخر وهو قولهما انتهى وظاهره ان
اشتراط القبض مرجوع عنه كما في البحر وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين
فقال ان كان المشهود به عينا فالشهود عليهما ان يضمن الشاهد بعد الرجوع
وان لم يقبضها المدعى وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وفي البحر
تفصيل عدم الحصر تضمين الشاهد في رجوعه فليراجع ( فان رجع احدهما
اي احد الشاهدين عن شهادته في دعوى حق بعد القضاء ( ضمن ) الراجع
( نصفا ) اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة
تبق الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف
وعن هذا قال ( والعبرة ) في باب الضمان ( لمن بقي ) من الشهود وعند الائمة
الثلاثة العبرة لمن رجع الا في رواية عنهم ( لا لمن رجع ) هذا هو الاصل فان بقي
اثنان بقي كل الحق وان بقي واحد بقي النصف كما مر آنفا ولذا فرع عليه المسائل
فقال ( فان شهد ثلاثة ) رجال بحق ( ورجع واحد ) عن شهادته ( لا يضمن )
الراجع شيئا لبقاء نصاب الشهادة ( فان رجع آخر ) بعد رجوع واحد من الثلاثة
فعلى هذا ان الثاني في قوله فان رجع تعقيبية ( ضمنا ) اي الراجعان ( نصفا )
من المقبوض لبقاء نصف نصاب الشهادة وهو واحد من ثلاثة فيبقى نصف
الحق فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه اجيب
بان التلف مضاف الى المجموع لانه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو
بقاء الشاهدين فلما زال ذلك المانع برجوع آخر ظهر اثره ( وان شهد رجل
وامرأتان فرجعت واحدة ) منهما ( ضمنت ) الراجعة ( ربعه ) بالاجماع
لبقاء ثلاثة ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة ( وان رجعتا ) اي المرأتان
( ضمنتا نصفا ) لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل ( وان شهد رجل وعشر
نسوة فرجع ثمان ) منهن ( لا يضمن ) على صيغة الجمع المؤنث الغائبة شيئا
لبقاء النصاب وهو رجل وامرأتان من العشر ( فان رجعت ) امرأة ( اخرى )
بعد رجوع الثمان من العشر ( ضمن ) النسوة ( التسع ربعا ) لبقاء ثلاثة
ارباع الحق ببقاء رجل وامرأة كما مر ( وان رجع النسوة العشر ) دون الرجل
( ضمن ) صيغة جمع مؤنث غائبة ( نصفا ) بالاجماع لبقاء نصف الحق ببقاء
الرجل فيا ينبغي ان يقول فان رجعت في المحلين وكذا في قوله وضمن التسع
ينبغي ان يقول وضمنت فتذكير الفعل يجوز في مثله لان الله تعالى قال في قصة يوسف
عليه السلام وقال نسوة ووجهه بين في التفاسير فليطالع ( وان رجع الكل )

اى الرجل والنساء (فعلى الرجل سدس) اى سدس الحق (وعليهن) اى على النساء (خمسة اسداس) عند الامام لان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد فعشر نسوة كخمسة من الرجال كما لو شهد به ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فعلى الرجل غرم السدس هو حصة الثنين من العشر وعليهن غرم خمسة اسداس (وعندهما عليه) اى على الرجل نصف (وعليهن) اى على النساء (نصف) لان العشر من النساء يقمن مقام رجل واحد ويكن نصف النصاب كما ان الرجل الواحد يكون نصف النصاب ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فيكون الغرم على المناصفة وفي الاصل نقلا عن المحيط اورجع رجل وثمان نسوة منهن فعلى الرجل نصف الحق ولا شئ على النسوة لانه وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن ثم قال وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا بينه وبينهن انتهى وذكر الاسبيجابي لورجع واحد وامرأة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لم يجب عليها شئ انتهى لكن ذكر الاسبيجابي في هذه المسئلة اختلافا لانه قال لوشهد رجل وثلاث نسوة فقضى به ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا في قولهما وفي قياس قول الامام نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة انتهى وعلى هذا ظهر ان صاحب المحيط اختار قولهما فلا سهو تدبر (وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم على الرجلين خاصة) لان الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليها الحكم (ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها) اى على المرأة (او عليه) اى على الزوج الاصل ان المشهود به ان لم يكن مالا بان كان قصاصا او نكاحا او نحوهما لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فقدر العوض لا يضمن بل ما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا وجب ضمان الكل اذا تقرر هذا فنقول ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام على ذلك بينة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مقدار مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله لكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة الملك فان ضمان الاتلاف يقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال واما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره كما في الدرر (الا ما زاد على مهر المثل) يعني ان كان

مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او بزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وقدمنا ان الاتلاف بعوض يعدله لايوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمنا الزيادة للزوج لانهما اتلفا قدر الزيادة بلاعوض وكذا لوشهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنالها (ولا) يضمن (من شهد بطلاق بعد الدخول) لان المهر تأكد بالدخول فلااتلاف (ويضمن) فى الطلاق (قبل الدخول نصف المهر) ان كان مسمى اوالمتعة ان لم يكن مسمى لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الاترى انها لوطاوعت ابن الزوج اوارتدت سقط المهر ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة وكان واجبا بشهادتهما كما فى الهداية والدليل الاول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وفى البحر تفصيل فليراجع وفى التنوير واوشهدا انه طلقها ثلثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاثة لاغير ولوكان ذلك بعد وطئ اوخلوة فلاضمان على احد (وفى البيع) يضمن (مانقص عن قيمة المبيع) وفى المنح واوشهدا على البائع به بمثل القيمة او اكثر فلاضمان لانه اتلاف بعوض وان شهدا باقل من قيمته ضمنا النقصان لانه بغير عوض واوشهدا على المشترى فلاضمان لوشهدا بشرائه بمثل القيمة اواقل وان كان باكثر ضمنا مازاد عليها كذا صرحوا فعلى هذا لوقال ولافى البيع الامانقص من قيمة المبيع ان ادعى المشترى ولافى البيع الامازاد على القيمة من الثمن ان ادعى البائع كما فى الغرر لكان اظهر واولى تدبر وفى التنوير واوشهدا على البائع بالبيع بالفين الى سنة وقيمته الف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء اخذ المشترى الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر (وفى العتق) يضمن (القيمة) يعنى اذاشهدا على عتق عبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد مطلقا اى سواء كانا موسرين اومعسرين لاتلافهما مالية العبد عليه من غير عوض ولايتحول الولاء اليهما بالضمان لان العتق لايحتمل الفسخ فلايتحول بالضرورة اذالولاء لمن اعتق اطلق العتق فانصرف الى العتق بلامال فلوشهدا انه اعتق عبده على خمسمائة وقيمته الف فقضى ثم رجعا ان شاء ضمن الشاهدين الالف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى كما فى البحر وفى التنوير وفى التدبير ضمنا مانقصه وفى الكتابة يضمنان قيمته ولايعتق حتى يؤدى ماعليه اليهما وماقى الفتح من ان الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب للذى كاتبه كمافى البحر وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمة الامة فان مات المولى عتقت وضمن

الشافعى ان يمينهما للورثة ( وفى القصاص ) يضمن ( الدية فقط ) يعنى
اذا شهدا ان زيدا قتل بكرا فاقتص زيد ثم رجعا يجب الدية عندنا لا القصاص
لان القتل وجد باختيار الولى لانه ليس بمضطر فيه لاقتداره على العفو
ايضا ولم يكونا سببا بالقتل فلو اتحدا السببية وقعت الشبهة وهى مانعة عن
القود لا عن الدية لان المال يثبت مع الشبهة بخلاف المكره لانه مضطر فيه
فيكون سببا يضاف اليه القتل فيقتص وعند الشافعى يقتصان لوجود القتل
تسببيا كالمكره ( ويضمن الفرع ان رجع ) اى يضمن شهود الفرع بالرجوع
عن شهادتهم لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا
اليهم ( لا الاصل ان قال الاصل ما اشهدته ) اى الفرع ( على شهادتى )
اى لا يضمن شهود الاصل بعد الحكم بقولهم لم نشهد الفروع على شهادتنا
بالاجماع لان الحكم لم يضف اليهم بل الى الفرع ولا يبطل القضاء بعد الحكم
لتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد ( ولو قال ) الاصل ( اشهدته )
اى الفرع ( وغلطت ضمن عند محمد ) لان الفروع نقلوا شهادة الاصل
فكان الاصل حضر وشهد عند مجلس القاضى ثم رجع ( لا ) يضمن ( عندهما )
لان الحكم لم يقع بشهادة الاصل بل بشهادة الفرع وقوله غلطت اتفاقى
اذ لو قال رجعت منهما فلا ضمان ايضا عندهما ( وان رجع الاصل والفرع )
جميعا بعد الحكم ( ضمن الفرع فقط ) عند الشيخين لان الاتلاف يحصل بعد
القضاء والقضاء بشهادة الفرع فيضاف التلف اليه بعد رجوعه والضمان على
المتلف ( وعند محمد يضمن المشهود عليه اى الفريقين ) من الاصل والفرع
( شاء ) اى ان المشهود عليه مخير بين تضمين الفرع والاصل عنده لان القضاء
وقع بشهادة الفرع من وجه وبشهادة الاصل من وجه فيخير بينهما والجهتان
متغايرتان ولا يجمع بينهم فى التضمين ( وقول الفرع كذب ) فعل ماض ( اصلى
او غلط ليس بشئ ) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما امضى من القضاء
لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا
على غيرهم بالرجوع ( وان رجع المزكى عن التزكية ضمن ) اى ضمن
المزكى بالرجوع عن تزكية الشاهد بعد ان زكاه عند الامام لان قبول
الشهادة عند القاضى بالتزكية يكون علة العلة معنى فيضاف الحكم الى علة
العلة ( خلافا لهما ) فان عندهما لا ضمان على المزكين لانهم اثنوا على
الشهود فصار وكشهود الاحصان والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا ان
الشهود عبيد ومع ذلك زكيناهم اما اذا قال المزكى اخطأت فيه فلا ضمان
اجماعا كما فى البحر وغيره فعلى هذا لو قيد مع علمه بكونهم عبيدا لكان اولى

وقيل الخلاف فيما اذا اخبر المزكون بالحرية بان قالوا انهم احرار اما اذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لايضمنون اجماعا لان العبد قد يكون عدلا ( ولايضمن شاهد الاحصان برجوعه ) لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه ( ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة ) يعني اذا شهدا انه علق عتق عبده بشرط وشهد الآخران ان الشرط الذي علق به العتق وجد فحكم الحاكم به ثم رجع جميعهم يضمن شهود اليمين قيمة العبد لانهم اثبتوا العلة وهو قوله انت حر ولايضمن شهود الشرط لان الشرط كان مانعا وهم اثبتوا زوال المانع والحكم يضاف الى العلة لا الى زوال المانع ( ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ ) قال بعضهم يضمن شاهد الشرط والصحيح ان شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي كما في التبيين وغيره ( ومن علم انه شهد زورا ) بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا او شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليست بالسماء علة ولم ير الهلال ( يشهر فقط ولايعزر ) عند الامام وعليه الفتوى كما في السراجية ( وعندهما يوجع ضربا ويحبس ) وفي الكافي اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته اولا لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بمسلم الا انهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال الامام تعزيره تشهيره فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي لان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه وله ان شريح القاضي في زمن عمر وعلي رضي الله عنهم كان يشهر بان يبعثه الى سوقه او الى قومه لافشاء قباحته وهذا التشهير لايخفى على الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وكان هذا من الامام احتجاجا باجماع الصحابة لاتقليدا لشريح لانه لايرى تقليد التابعي وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

## ( كتاب الوكالة )

مناسبتها للشهادة من حيث ان الانسان يحتاج في معاشه الى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة وهي لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه الامر فيكون الوكيل بمعنى المفعول لانه موكول اليه الامر وقيل هي الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى فيكون بمعنى فاعل والتوكيل صحيح بالكتاب والسنة والاجماع وشرعا ( هي ) اي الوكالة ( اقامة الغير

مقام نفسه في التصرف ) والمراد بالتصرف ان يكون معلوما لانه اذا لم يكن
معلوما ثبت ادنى التصرفات وهو الحفظ فيما اذا قال وكلتك بمالي فلو قال
في تصرف جائز معلوم لكان اولى لان التصرف مطلقا يشمل الجائز والمعلوم
وغيرهما كما في المنح لكن يمكن ان يجاب بان اللام للعهد ولاحاجة الى الزيادة
تدبر (وشرطها) اي الوكالة ( كون الموكل ) اسم فاعل (ممن يملك
التصرف) لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف من الموكل فلابد له من ان يملكه
وبعده قيل هذا على قولهما واما على قوله فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا
بما يملكه الوكيل فكون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به الوكيل
ليس بشرط اذ يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع الخمر والخنزير عنده مع ان المسلم
لا يملك هذا التصرف بنفسه انتهى لكن الشرط ان يكون الموكل مالكا
للتصرف نظرا الى اصل التصرف وقادرا عليه وان امتنع في بعض الاشياء
بعارض النهي فلا يلزم ما قيل تدبر ( و ) شرطها ايضا كون ( الوكيل )
ممن ( يعقل العقد ) ويعرف ان البيع سالب للمبيع وجالب للثمن والشراء على
عكسه ويعرف الغبن الفاحش واليسير كما في اكثر المعتبرات وقال يعقوب باشا
وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل العاقل صحيح ومعرفة الغبن اليسير
من الفاحش مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه ولا وجه لاشتراطه
في صحة التوكيل انتهى لكن المراد من الصبي العاقل هو المميز مطلقا فلا يرد
تدبر ( ويقصده ) اي يقصد الوكيل ثبوت حكم العقد وحصول الربح حتى
لو تصرف في البيع بطريق الهزل لا يقع عن الموكل كما في اكثر الكتب لكن ليس
فيه فائدة لان الكلام في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل وعدمه وعدم
وقوعه عن الموكل ولذا تركه في الكنز الا ان يقال ان قوله يقصده تأكيد لقوله
يعقل والعطف عطف تفسير لانه بالقصد يعلم كمال العقل تدبر وفيه رمز
الى ان المعتوه يصلح ان يكون وكيلا لانه يعقله ويقصده وان لم يرجح المصلحة
على المفسدة والى ان علم الوكيل بالوكالة لم يشترط خلافا لمحمد فلو وكل ببيع
عبده وطلاق امرأته ففعل الوكيل قبل العلم جاز خلافا له كما في القهستاني نقلا
عن المحيط ثم فرعه بقوله ( فيصح توكيل الحر البالغ ) ينبغي ان يقيد بالعاقل
احترازا عن المجنون لما في التنوير ولا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقا
وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة ويصح
توكيله بما ينفعه بلا اذن وليه كقبول الهبة وبما تردد بين ضرر ونفع كبيع
واجارة ان مأذونا والا توقف على اجازة وليه ( او المأذون ) والمراد بالمأذون
الصبي العاقل الذي اذن له الولي والعبد الذي اذن له المولى اي يصح توكيل كل

منهما ( حرا ) مفعول توكيل ( بالغا او ماذونا ) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل اهل له ( او ) توكيلهما ( صبيا عاقلا او عبدا محجورين ) قيد للصبي والعبد لان الصبي اهل للعبارة حتى ينفذ تصرفه باذن الولى فكذا العبد حتى يصح طلاقه واقراره في الحدود والقصاص ولكن لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما اذ لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور الاهلية والعبد لحق المولى بخلاف المأذونين بحيث تلزمهما العهدة استحسانا وفي الشمني وعن ابي يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار الفسخ وان كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا ( بكل ما ) موصوفة اولى من الموصولة والظرف للتوكيل اى صح التوكيل لكل عقد ( يعقده هو ) اي الموكل ( بنفسه ) اى مستبدا بنفسه او بولاية نفسه عن الغير كالبيع والهبة والصدقة والوديعة وغيرها لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فيحتاج الى توكيل غيره فلابد من جواز دفعا لحاجته وفي القهستاني ولا يشكل بتوكيل المسلم او الذمى ذميا او مسلما ببيع الخمر او شرائها وبالتوكيل ببيع المسلم والاستقراض كما ظن فان الكفالة كافية للاولين والثالث مستثنى بقرينة الآتي والرابع مختلف فيه انتهى ويمكن دفعه بوجه آخر كما بين آنفا ( و ) صح التوكيل ( بايفاء كل حق وباستيفائه ) لان الموكل قد لا يهتدى الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة والمراد بالايفاء دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض ( الا في حد كقذف او كسرقة ( وقود ) اى لا يصح التوكيل باستيفائهما ( مع غيبة الموكل ) عن المجلس كما اذا قال الموكل وجب لى على فلان حد او قصاص في النفس او الطرف فوكلتك ان تطلبه منه فقبل فان استيفاءهما بدون حضور الموكل باطل لسقوطهما بالشبهة وعند حضوره يجوز اجماعا وانما قلنا لا يصح التوكيل باستيفائهما لانه صح التوكيل باثباتهما وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتهما وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع الامام في نفس التوكيل وكذا الخلاف في التوكيل بالجواب من جانب من له الحد والقصاص وفي شرح الطحاوى صح التوكيل باستيفاء التعزير وعند الائمة الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا في رواية عن احمد وقول من الشافعي ( و ) يصح التوكيل ( بالخصومة في كل حق ) لان كل احد لا يهتدى الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة ( بشرط رضى الخصم ) فلو رضى قبل سماع الحاكم الدعوى ثم رجع جاز رجوعه وان بعده لا وفي العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال الامام لا يجوز التوكيل بالخصومة

الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعى او المدعى عليه وقالا يجوز بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي لكن في الهداية والظهيرية وغيرهما لاخلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم وهو الصحيح وعن هذا قال (للزومها) فعند الامام لا يلزم التوكيل بلا رضى الخصم فتتمد الوكالة برد الخصم (الا ان يكون الموكل مريضا لا يمكنه) مع وجود المرض (حضور مجلس الحاكم) وكذا لا يحسن الدعوى (اوغائبا مسافة سفر) اى مدة ثلاثة ايام فصاعدا اومريدا للسفر يعنى اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالبا كان الموكل او مطلوبا فلا يرتد برد الخصم لانه لولم يلزم يتحقق الحرج بالانقطاع من مصالحه لكن لا يصدق بمجرد قوله بل ينظر القاضي في حاله وعدة ايام سفره او يسئل عن رفقائه (او) يكون الموكل امرأة (مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحكم) سواء كانت بكرا او ثيبا وعليه الفتوى كما في الحقايق لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فلزم توكيلها ولو اختلفا في كونها مخدرة ان كانت المرأة من بنات الاشراف فالقول لها بكرا كانت او ثيبا لانه الظاهر من حالها وان كانت من الاوساط فالقول لها لو كانت بكرا وان كانت من الاسافل فلا سواء كانت بكرا او ثيبا لان الظاهر غير شاهد لها كما في المنح ومن الاعذار الحيض اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي ترافعوا اليه كما في التبيين وفي المنح وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتاخير واما اذا رضى به فلا يكون عذرا واما حيض الطالب فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض انتهى وفيه كلام فانه يجوز للقاضي ان يخرج من المسجد ويسمع الخصومة او يرسل اليها نائبا لرفع الخصومة كما قررناه في كتاب القضاء فلا وجه لعده من الاعذار ويلزم منه ايضا ان يعد الجنابة والكفر من الاعذار مع انهم لم يذكروهما منها تأمل (وعندهما) وهو قول الائمة الثلاثة (لا يشترط رضى الخصم) فيلزم بلا رضاه مطلقا لان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بقضاء الديون وله ان التوكيل قد يكون اشد خصومة وآكد انكارا فيتضرر به خصمه فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين بخلاف الوكيل بالقبض فانه لا يختلف والمختار للفتوى ان القاضي ان علم من الوكيل قصد الاضرار بخصمه يعمل بقول الامام وان علم من خصم الموكل التعنت في الاباء من قبول التوكيل يعمل بقول صاحبيه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي كما في الدرر وغيره (وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كبيع) فانه يقول بعت هذا الشيء منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره (واجارة) واستيجار (وصلح عن اقرار) دون انكار كما سياتي (تتعلق به) اي بالوكيل دون

الموكل بلا فرق بين كون موكله حاضرا او غائبا لانه اصل في العقد لانه يقوم بكلامه ونائب عن الموكل في حق الحكم فراعينا جهة اصالته في تعلق الحقوق حتى لو شرط عدم حقوق العقد بالوكيل فهو لغو خلافا للشافعي فانه قال تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول و بالوكيل بالنكاح ( ان لم يكن ) الوكيل صبيا او عبدا ( محجورا ) اشارة الى ان العبد المأذون والصبي المأذون تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل لما في شرح المجمع نقلا عن الذخيرة المأذون له ان كان وكيلا بالبيع تلزمه الحقوق سواء باعه حالا او مؤجلا وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن حال لزمته ايضا لانه يملك ما اشتراه حكما ولهذا يحبسه بالثمن ليستوفيه من الموكل وان كان بثمن مؤجل لا تلزمه الحقوق لانه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكما ولو لزمته العهدة لكان ملتزما مالا في ذمته مستوجبا مثله على موكله وهو في معنى الكفالة فانه لا يصح منه انتهى ثم اشار الى تفصيل الحقوق فقال ( فيسلم ) الوكيل ( المبيع ) الى المشتري في الوكالة بالبيع ( ويتسلمه ) اي يقبض المبيع عن البائع في الوكالة بالشراء ( ويقبض الثمن ) اي ثمن مبيعه في البيع ( ويطالب ) بفتح اللام ( به ) اي بالثمن في الوكالة بالشراء فاشترى ( ويرجع ) على صيغة المبني للمفعول ( به ) اي بالثمن ( عند الاستحقاق ) اي استحقاق ما باع ( ويخاصم ) على صيغة المبني للفاعل ( في عيب مشريه و رده ) الى بايعه ( به ) اي بالعيب فان ذلك كله من حقوق العقد فتتعلق بالوكيل ( ان لم يسلمه الى موكله وبعد تسليمه لا رده الا باذنه ) اي باذن الموكل ( ويخاصم ) على صيغة المبني للمفعول ( في عيب مبيعه و ) يخاصم ( في شفعته ) اي في شفعة ما باع ( وان كان ) المبيع ( في يده ) بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشتري فان الوكيل لا يخاصم في الشفعة ( وكذا شفعة مشريه ) يعني يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام في يده ( والملك يثبت للموكل ابتداء ) اذا اشترى الوكيل لان الموكل يخلف عن الوكيل في حق الملك كما ان الرق يتهب و يصطاد اذا المولى يخلف عن العبد في ثبوت الملك اليه ابتداء وهو الصحيح كما في الهداية وقيل يثبت الملك للوكيل فينتقل الى الموكل بلا مهلة ثم فرعه بقوله ( فلا يعتق قريب وكيل شراه ) ولا يفسد نكاح منكوحة شراها لان الملك يلزم الموكل فعلى القولين لا يملك الوكيل قريبه ومنكوحته لعدم تقرر ملكه لان العتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك كما في اكثر المعتبرات لكن لم يظهر لهذا التفريع اثر الخلاف لان القريب لا يعتق بالاتفاق فالاولى ان يفرع عليه ما ظهر فيه اثر الخلاف تدبر ( وحقوق عقد يضيفه

او وكيل الى موكله ) ومراده انه لا يستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو اضافه
الى نفسه لا يصح والمراد من قوله السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغني
عن اضافته الى الموكل لا انه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشراء الشراء الى
موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف كما في الاصلاح
(تتعلق بالموكل كنكاح وخلع) لان الوكيل فيهما سفير اي ناقل كحكاية غيره
فلا يلزم عليه شيء حتى لو اضاف النكاح الى نفسه بان قال تزوجتها يقع للوكيل
(وصلح عن انكار) لانه فداء يمين للموكل فلابد من الاضافة اليه لكن في الاصلاح
هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل بل لابد من اضافته الى الموكل بخلاف
الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد
من الاضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الاضافة انتهى فعلى هذا قول
صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في
الاضافة محل نظر كما في حاشيته ليعقوب باشا والدرر فتتبع (و) صلح عن
(دم عمد) لانه اسقاط محض والوكيل اجنبي سفير (وكتابة وعتق على مال
وهبة وصدقة واعارة وايداع ورهن واقراض) ولم يذكر الاستقراض لما مر
انه لا يصح التوكيل به وعليه الفتوى (وشركة ومضاربة) فان الوكيل
يضيف هذه العقود الى موكله في عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقود
فيها الى الموكل دون الوكيل ثم فرع على هذا الاصل بقوله (فلا يطالب)
بفتح اللام (وكيل الزوج بالمهر) من قبل الزوجة (ولا) يطالب من قبل
الزوج (وكيل المرأة بتسليمها) اي تسليم المرأة الى الزوج اذ يلزم سقوط
مالكيتها بعقد النكاح والسيادة بتلاشى مع انها خلقت محلا للنكاح لا لشيء
عن المالكية لنفسها (ولا) يطالب وكيل الخلع (ببدل الخلع) لما مر انه
سفير فيه (وللمشتري منع الثمن عن الموكل) يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه
ثم ان الموكل طلب من المشتري الثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد والوكيل
اصل في الحقوق ولذا له ان يوكل لاخر بهذه الحقوق وان لم يكن له حق التوكيل
والمراد من الموكل موكل وكيل بيع ليس عبدا او صبيا محجورين لما مر وفي البحر
ولو كان الموكل دفع الثمن الى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس
المبيع ولا مطالبة له على الموكل فان لم ينقد الموكل الثمن الى البائع باع القاضي الجارية
بالثمن اذا رضيا والا فلا (فان دفعه) اي ان دفع المشتري الثمن (اليه) اي
الى الموكل (صح) دفعه ولو مع نهي الوكيل لانه ملكه لا في الصرف
الا اذا كان الموكل حاضرا عند عقد الصرف فالعقد ينصرف اليه بحضوره
(ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل

اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه وانما ذكر قوله وللمشترى الى هنا فى هذا المحل مع ان المناسب ان يذكر من تفريعات القسم الاول توطئة لما بعده ( وان كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة به ) اى بثمن المبيع الذى باعه الوكيل للموكل بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص وهذا حيلة للوصول الى دين لا يوصل اليه ( وكذا ) تقع المقاصة به ( ان كان له ) اى للمشترى على الوكيل دين ) عند الطرفين لكونه يملك الابراء عنه عندهما ( خلافا لابى يوسف ) لان عنده لا يجوز الابراء ولا تقع المقاصة ( و ) لكنه ( يضمنه الوكيل للموكل ) فى فصل المقاصة عندهما كما يضمنه فى فصل الابراء ( وان كان دينه ) اى دين المشترى ( عليهما ) اى على الموكل والوكيل ( فالمقاصة بدين الموكل دون الوكيل ) لان المبيع ملك الموكل لا غير

## ( باب الوكالة بالشراء والبيع )

افردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج اليهما وقدم الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات ( لا يصح التوكيل بشراء شئ يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة ) للجهالة الفاحشة فان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض لغة وعرفا للخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الرقيق لانه شامل للذكر والانثى المختلفين فى بنى آدم واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما فى النهاية ( او ) بشراء شئ يشمل ( ما هو كالاجناس كالدار وان ) وصلية ( بين الثمن ) لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة والمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق ( فان سمى نوع ثوب كالهروى ) مثلا ( جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل ) جاز سواء سمى ثمنا اولا بالاجماع ( و بين ثمن الدار والمحلة ) يعنى ان وكل بشراء دار و بين ثمنها ومحلتها جاز واختلفوا فى هذا المحل وقد جعل صاحب الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخان لكن شرط مع بيان الثمن بيان المحلة وجعلها صاحب الهداية كالثوب فقال وكذا الدار تشمل ما هو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار و وصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه انتهى وفى الاصلاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين

الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها قال في الدرر وفي المعراج ان ما في الهداية تخالف رواية المبسوط قال والمتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحال انتهى وبه يحصل التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما اذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما اذا كانت لا تتفاحش انتهى والمص اختار قول المتأخرين في الدار ولهذا عطف بالواو فقال وبين ثمن الدار والمحلة والحاصل ان جهالة الدار بجهالة الجنس عند المتأخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكنز والهداية على كل من المذهبين تتبع (او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركى) يعنى اذا وكل بشراء عبد تركى مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث متفقد الجمل كانه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركى يصح التوكيل (او بين ثمنا يعين نوعا) اى نوع العبد بالقلة والكثرة يصح لان ذكر الثمن كذكر النوع في تقليل هذه الجهالة وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل ويلحق بجهالة الجنس لامتناع الامتثال لكن الاحسن ترك الصفة وهو قوله يعين نوعا لان النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما في الهداية وفيه اشارة الى انه لو كان معلوم الجنس من وجه كالشاة والبقر يصح وان لم يذكر الثمن والى ان جهالة وصف غير مانعة كما في القهستاني واطلاقه شامل لما اذا كان ذلك الثمن نوعا اولا وبه اندفع ما في الجوهرة حيث قال وهذا اذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع اما اذا وجد فلا يجوز عند بعض المشايخ كما في المنح (او عم فقال ابتع لي) اى اشتر لي (ما رأيت) وفي الفرائد وفي عطف قوله او عم صعوبة لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع الثوب جاز وقصله ثم قال او يقال بطريق الاستئناف يقول الا ان يعمم لكان اسلم واظهر ويدل على ما ذكرناه قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكل وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فى شيء اشتريه يكون ممتثلا انتهى لكن يمكن ان يكون معطوفا على ما يفهم من الكلام السابق وهو قوله فان سمى الى هنا اى ان خصص جاز عند البيان او عم جاز وان لم يبين او ان يكون او بمعنى الا كقولهم لالزمنك او تعطيني حقي اى الا ان تعطيني حقي (ولو وكله بشراء الطعام فهو) يقع (على البر ودقيقه) يعني دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي طعاما يشتري البر ودقيقه والقياس ان يشتري كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم

المطعوم وجه الاستحسان ان الطعام اذا قرن بالبيع والشراء يحمل على ما ذكر عرفا ولا عرف للاكل فبقي على الوضع وفي الهداية هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وبه قالت الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يكن اكله بمعنى المعتاد للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى اى ما يمكن اكله من غير ادام دون الحنطة والخبز وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كما في الذخيرة وانما قلنا دفع الى آخر لانه لو امر بلا دفع له لا يصح التوكيل كما في القهستاني واطلاقه فشمل ما اذا كثرت الدراهم او قلت (وقيل) يقع على العرف كثير الدراهم و) يقع (على الخبز في قليلها و) يقع (على الدقيق في وسطها) فقيل القليل مثل درهم الى ثلاثة والمتوسط مثل اربعة الى خمسة او ستة فالسعة على هذا لم يكن من الكثير كما في القهستاني (وفي متخذ الوليمة) اى طعام العرس والمتخذ بالفتح اسم زمان يقع (على الخبز بكل حال) سواء كثرت الدراهم او توسطت او قلت لان مدار الامر في الكل العرف (وصح التوكيل بشراء عين) اى شيء معين (بدين له) اى للموكل (على الوكيل) يعني لو قال رب الدين للمديون اشتر لي هذا العبد مثلا بالف لي عليك فاشتراه يكون ملكا للآمر حتى لو هلك في يد الوكيل يهلك على مال الآمر لا على الوكيل لان في تعيين المبيع تعيين البائع وفي تعيين البائع توكيله بقبض دينه من المديون اولا لاجله ثم يقبضه لنفسه فلا يوجد تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا لو امر شخص مديونه بالتصدق بما عليه صح كما لو امر الآجر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الاجرة (وفي غير العين) اى لو قال رب الدين للمديون اشتر لي الالف عليك عبدا غير معين فالتوكيل باطل حتى (ان اشترى وهلك في يد الوكيل فعليه) اى على الوكيل لان الشراء نفذ عليه لا على الموكل (وان قبضه الموكل فهو له) اى للموكل هذا عند الامام (وقالا هو لازم للموكل ايضا) اى كما هو لازم له في المعين سواء قبضه الموكل اولا (وهلاكه) اى المبيع (عليه) اى على الموكل (اذا قبضه الوكيل) لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بقبض العين منها او الدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين عن المديون بالابراء مثلا تبطل الوكالة لانعدام المحل لتصرف الوكيل ولم يلزم عليه اعطاء مثل الدين لان الاستهلاك والاسقاط

في حكم الاخذ والاستيفاء وهذا المعنى في الاستبدال ظاهر ولهذا قيد صاحب الهداية بالاستهلاك وما في تأويل صاحب النهاية بان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك مخالف لما في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا او هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة وتمامه في المشاية فليطالع واذا ثبتت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكل بقبضه وذلك لا يجوز لانه تمليك الوصف وهو الوجوب في الذمة والوصف عرض لا يقبل التمليك ( وعلى هذا ) الخلاف ( اذا امره ) اي امر الموكل الوكيل ( ان يسلم ما عليه او يصرفه ) يعني او قال اسلم مالي عليك الى فلان في كذا صح اتفاقا واو قال الى من شئت فعلى الخلاف وكذا اذا امره ان يصرف ما عليه والحاصل انه ان عين المسلم اليه ومن يعقد عقد الصرف صح بالاتفاق وفي العناية وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس انتهى لكن فيه تأمل ( ولو وكل عبد المشترى نفسه ) اي نفس العبد المأمور ( له ) اي للموكل ( من سيده ) بان قال فلان لعبد اشتر لي نفسك من سيدك بالف مثلا ( فان قال ) العبد المأمور لسيده ( بعني نفسي لفلان ) بالف ( فباع ) السيد ( فهو ) اي العبد ( له ) اي الموكل لان العبد يصلح لان يشتري نفسه لنفسه ويصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لكونه اجنبيا عن نفسه في حكم المالية فاذا اضاف العقد الى الامر صلح شراؤه الامتثال فيقع للآمر ( وان لم يقل ) العبد ( لفلان عتق ) العبد لان المطلق يحتمل الوجهين احدهما هو الامتثال للآمر والآخر هو التصرف لنفسه فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه ثم اذا كان الشراء للآمر فلا بد من قول العبد بعد قول المولى بعت وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت بعد قوله بعني نفسي لان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق لا في البيع والثمن على العبد فيهما لا على الآمر ( وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته ) اي ذلك العبد ( لنفسه فباع ) السيد على هذا الحكم ( عتق ) العبد على السيد ( وولاؤه ) اي ولاء العبد ( له ) اي للسيد لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه والولاء للمولى ( وان لم يقل لنفسه ) عند اشترائه ( فهو ) اي العبد ( للوكيل ) لكون قوله مطلقا فيقع التصرف لنفسه ( وعليه ) اي على المشتري ( ثمنه ) اي ثمن العبد لكونه عاقدا ( وما اعطاه العبد ) للوكيل ( لاجل الثمن للمولى ) لانه كسب عبده ( واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت لك عبدا فمات ) اي العبد عندي ( وقال

الموكل ) لا ( بل شريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن ) اى ان لم يوجد ( دفع الثمن ) الى الوكيل لانه يدعى الثمن على الموكل وهو ينكره فالقول للمنكر ( والا ) اى وان وجد دفع الثمن ( فللوكيل ) اى فالقول للوكيل لانه امين فالقول للامين مع اليمين وقد اجمل المص فى هذه المسئلة فلا بد من التفصيل لانه قال صاحب المنح وغيره ان العبد ان كان معينا وهو حى فالقول للمأمور انه اشتراه لموكله لا لنفسه اجماعا سواء كان الثمن منقودا اولا لانه اخبر عن امر يملك استئنافه والمخبر به فى التحقق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان ميتا والحال ان الثمن منقود فكذلك الحكم لان الثمن كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى امر به فكان القول له وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للموكل لانه اخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد به وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فالقول له وان كان غير معين وهو حى فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فالقول للمأمور ان كان الثمن منقودا لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر عند الامام وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استئنافه فصح كما فى المعين وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيقبل قوله كما فى المنح وغيره فعلى هذا عبارة المص قاصرة فالاولى ان يفصل تدبر ( وللوكيل ) بالشراء ( طلب الثمن من الموكل ) اذا اشترى وقبض المبيع ( وان ) وصلية ( لم يدفعه ) اى الثمن ( الى البايع ) اذ يجرى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل على الوكيل بالعيب فصير الوكيل بايعا من موكله حكما فيطلب الثمن من موكله سواء دفعه الى بايعه اولا ( وحبس المشترى لاجله ) اى للوكيل بالشراء حبس ما اشتراه من موكله لان يقبض ثمن المبيع وان لم يدفع الثمن الى بايعه لما علم ان المبادلة الحكمية تجرى بينهما وقال زفر ليس له الحبس لان الموكل صار قابضا بيده فحق الحبس يسقط وفى التنوير ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالا ( فان هلك قبل حبسه هلك على الآمر ) اى ان هلك المشرى فى يد الوكيل قبل ان يحبسه من موكله يهلك على مال الموكل لا الوكيل ( ولا يسقط ثمنه ) اى ثمن المبيع عن الموكل فيرجع الوكيل عليه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده ( وان ) هلك المشرى فى يد الوكيل ( بعد حبسه ) اى حبس الوكيل اياه ( سقط ) الثمن عند الطرفين لانه بمنزلة البايع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ( وعند ابى يوسف هو كالرهن ) لانه مضمون

بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو رهن بعينه بخلاف البيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد فلما ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به والحاصل ان عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند ابي يوسف يهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن جميع قيمته (وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه) ولا لموكل آخر لانه يؤدي الى تغرير الآمر من حيث انه اعتمد ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه الا بمحضر من الموكل كما في الهداية والتعليل الاول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل كما في البحر وفسره الزيلعي بانه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثاني ولو اشتراه لنفسه عند غيبة الموكل ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فانه وقع للوكيل ومن هذا قال (فان شراه بخلاف جنس ما سمى) من الموكل له (من الثمن او غير النقود) بان شراه بالعرض او بالحيوان (وقع) الشراء (له) اى للوكيل لانه خالف امره فنفذ عليه وظاهر قوله بخلاف الجنس يقتضي ان لا يكون مخالفا بما اذا سمى له ثمنا فزاد عليه او نقص عنه لكن ظاهر ما في الكافي الحاكم انه يكون مخالفا فيما اذا زاد لا فيما اذا نقص عنه لانه قال وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك ان نقص من ذلك الثمن الا ان يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر (وكذا) يقع الشراء للوكيل (ان امر) الوكيل (غيره فشراه الغير) الوكيل الثاني (بغيبته) اى بغيبة الوكيل الاول لمخالفة امر الآمر لانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته (وان شراه) اى الوكيل الثاني (بحضرته) اى بحضرة الوكيل الاول (فللموكل) اى يقع شراؤه للموكل لانه يحضر رأيه حينئذ فلا يكون مخالفا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر رأيه (وفي غير المعين هو) اى الشراء (للوكيل) يعني لو اشترى الوكيل بشراء شيء غير معين شيئا يكون الشراء للوكيل اذ الاصل ان يعمل لنفسه (الا ان اضاف العقد الى مال الموكل) بان قال اشتريت بهذا الالف وهو مال الآمر (او اطلق العقد) بان قال اشتريت فقط (ونوى) الشراء (له) اى الموكل فيكون للموكل في الصورتين وفي الهداية هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه اى في النقد تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو اى الجواب مطلق لا تفصيل فيه وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله

الوكيل على ما يحل له شرعا او بفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه و يحمل للآمر في هذه التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن ابي حنيفة اى المالين نقد فقط فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما تحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه انتهى ( ويعتبر في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل ) فيبطل عقدهما بمفارقة الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق من غير قبض ولا يبطل بمفارقة الموكل اذ القبض للعاقد وهو ليس بعاقد وما قيل من انه اذا حضر الموكل مجلس العقد لا يعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل اصلا في الحقوق في البيع مطلقا كما في البحر قيد بالوكيل لان الرسول فيهما لا يعتبر مفارقته لان الرسالة في العقد لا في القبض و ينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح ( ولو قال ) الوكيل بالشراء ( بعنى هذا لزيد ) اى لاجله ( فباع ثم انكر المشترى كون زيد امره ) بعد اقراره بقوله لزيد ( فلزيد اخذه ) اى اخذ المبيع جبرا ( ان لم يصدق انكاره ) اى المشترى لان قول الوكيل بعنى هذا لزيد اقرار منه بالوكالة فلا يلتفت الى انكاره للتناقض ( فان صدقه ) اى زيد انكاره بان قال لم آمره بالشراء ( لا يأخذه ) زيد جبرا لان اقرار المشترى ارتد برده ( فان سلمه المشترى اليه ) اى الى زيد ( صح ) لان البيع يوجد بينهما حكما لان الوكيل ولو فضوليا كالبائع والموكل كالمشترى فصار بيعا بالتعاطى ( ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما ) اى من اللحم الذى ( يباع رطل بدرهم لزم ) في هذا البيع ( موكله ) من اللحم ( رطل بنصف درهم ) عند الامام قيد بما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى لحما لا يباع رطل بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا للوكيل بالاجماع ( وعندهما ) وهو قول الائمة الثلاثة ( يلزمه ) اى الموكل ( الرطلان بالدرهم ) لانه امره بصرف الدرهم في اللحم وفعل المأمور وزاده خيرا فصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين وله انه مأمور بشراء رطل مقدر وليس بمأمور بشراء الزيادة فنفذ شراء رطل عليه وشراء رطل على الموكل بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له قيل ان محمدا هنا

مع الامام في قول و د بالوريات لان في اعيان لا ينعقد شيء على الموكل اجماعا كما في
المحروق امر ابشراء امره بان يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بمائتي درهم وقيمة الدراهم على
الدنانير لزم الموكل خلافا لمحمد و زفر واو نقص وقيمتها في الدراهم لا يلزم
الآمر اجماعا (ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) لا ذكر بعدهما (فشراء
المأمور للآمر (احدهما) اي احد العبدين بقيمته او بنقصان (جاز)
عن الامر بالاجماع لان التوكيل مطلق تجري على اطلاقه وقد لا يتفق جمعهما
في الشراء الا فيما لا يتغابن الناس فيه وهو الغبن الفاحش لان التوكيل بالشراء
بالمتعارف والمتعارف فيما يتغابن فيه الناس فاذا وقع بقيمته او بنقصان (وكذا
ان وكل بشرائهما) اي بشراء عبدين بعينهما (بالالف وقيمتهما سواء
فشرى) المأمور (احدهما) اي احد العبدين (بنصفه) اي بنصف
الالف (او باقل) من نصف الالف جاز لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة
ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير فوقع عن الآمر (وان)
شرى (باكثر) من نصف الالف (لا يجوز) اي لا يقع عن الآمر بل على المأمور
لانه مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت وهذا عند الامام (وقالا يجوز
الشراء) باكثر (ايضا) كما يجوز بنصفه او باقل (ان كان شراؤه بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي ما يشترى به الآخر) لان التوكيل مطلق فيعمل على
المتعارف كما مر ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه
تحصيل غرض الآمر (فان شرى) اي الوكيل العبد (الآخر بما بقي) من الثمن
(قبل) وقوع (الخصومة) بينهما (جاز اتفاقا) لحصول المقصود وهو شراء
العبدين بالالف (فان قال الوكيل بشراء عبد بعينه) اي غير معين (بالف)
درهم (شريته) اي العبد (بالالف وقال الموكل) بل شريته (بنصفه)
اي بنصف الالف وهو خمسمائة وليس لهما برهان (فان كان قد دفع)
الموكل (الالف) اي الى الوكيل (فالقول للوكيل ان ساوى) قيمة العبد
(الالف) لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والموكل يدعي عليه ضمان
نصف ما دفع اليه وهو منكر وان لم يساو قيمة العبد الالف بل يساوي نصفه
صدق الموكل بلا حلف لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور اشترى بغبن فاحش
والامر يتناول ما يساويه فضمن المأمور خمسمائة (وان لم يكن دفعها)
اي دفع الموكل الالف الى الوكيل وباقي المسئلة بحالها (فان ساوى) قيمة العبد
(نصفها) اي نصف الالف (صدق الموكل) لانه لان المأمور خالف
الامر (وان ساواها) اي ان ساوى قيمة الالف (تحالفا) لان الموكل هنا

كالبائع والوكيل كالمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن فيجب التحالف و يفسخ العقد ( والعبد للمأمور ) فى الصورتين ( وكذا فى معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا فى ثمنه ) يعنى اذا قال له اشتر هذا العبد لى ولم يسم ثمنا فاشتراه المأمور ثم اختلفا فى ثمنه فقال المأمور اشتريته بالف وقال الآمر بل بخمسمائة وليس لهما برهان يلزمه التحالف كما فى المسئلة الاولى فان نكلا فللوكيل وان نكل احدهما فلمن نكل ( ولا عبرة لتصديق البائع ) المأمور ( فى الاظهر ) قيل لان البائع ان استوفى الثمن فهو اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له وهذا قول الامام ابى منصور وفى الهداية وهو اظهر وفى الكافى هو الصحيح وقيل لا تحالف هنا لارتفاع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو الليث وقال قاضيخان وهو الاصح وفى التنوير ولو اختلفا فى مقدار الثمن الذى عينه له فقال الآمر امرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بالف فالقول للآمر مع يمينه والعبد للمأمور فان برهنا قدم برهان المأمور ولو امره بشراء اخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا باخى فالقول للآمر مع يمينه و يكون الوكيل مشتريا لنفسه وعتق العبد على الوكيل لزعمه انه اخو الموكل وعتق على موكله فيؤاخذ بذلك كما فى البحر

## ( فصل )

فى بيان احكام من يجوز للوكيل ان يعقد معه ومن لا يجوز ( لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له ) كاصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الامام ( وقالا يجوز ) العقد ( بمثل القيمة الا فى العبد والمكاتب ) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد الذى لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب و ينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار بيعا من نفسه من وجه ودخل فى البيع الاجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف الا اذا اطلق الموكل بان قال له بع ممن شئت فيجوز بيعه من هؤلاء المذكورين بمثل القيمة كما يجوز عقده معهم باكثر من القيمة بلا خلاف كما فى المنح وفى النهاية وان كان اقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان البيع بغبن يسير لا يجوز عند الامام و يجوز عندهما وان كان بمثل القيمة فعن الامام روايتان ( والوكيل

بالبيع يجوز بيعه) من غير هؤلاء (بما قل) من اثمن (او كثر) وان غبنا فاحشا لان البيع بالغبن الفاحش متعارف عند الاحتياج الى النقد وبالتبرم من العين والمذكور ليتناول كل بدل فان الاثمان امر اضافي فلم يكن ذكره استطراديا كما قيل (و) كذا يجوز بيعه (بالعرض) سواء قل او كثر من القيمة عند الامام لانه بيع مطلق وقد وجد خاليا من التهمة فيجوز (وقالا لا يجوز) بيعه (الا بمثل القيمة وبالنقود) اى لا يجوز بيعه من غيره ولا بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لا بالعروض عندهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث وكذلك المقايضة فلا يتناوله مطلق اسم البيع قال ابو المكارم وبيع المضارب والمفاوض وشريك العنان بغبن فاحش على هذا الخلاف واما بيع الولى كالاب والجد والوصى والقاضى لا يصح بالاذن الاجماع لان فيه بالاتفاق كما فى العمادية (ويجوز بيعه بالنسيئة) ان كان ذلك التوكيل بالبيع للتجارة عند الامام وان كان الاجل غير متعارف لان الامر بيع مطلق خاليا عن التهمة فيجوز وعندهما لا يجوز الا بالاجل المتعارف لان المطلق ينصرف الى المتعارف وعند الائمة الثلاثة يجوز بثمن المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب وانما قيدنا للتجارة لانه لو لم يكن لها بل كان للحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها تعين التقييد وفى المنح وبه يفتى مذكور فى الخلاصة وكثير من المعتبرات لان الموكل قال بعه فانى محتاج الى نفقة وهو او صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما فى الشمني وينبغى ان يكون الحكم كذلك فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة انتهى وفى البحر لو قال بعه الى اجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع (و) يجوز (بيع نصف ما وكل ببيعه) كالعبد والفرس عند الامام لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيعمل باطلاقه وعندهما والائمة الثلاثة لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصم لارتفاع الضرر قبل نقض العقد الاول وبهذا ظهر ان الخلاف فى الذى يتضرر بالتفريق والتقسيم والا يجوز كالبر والشعير اذ ليس فى تفريقه ضرر اصلا كما فى الاصلاح ولذا قلنا كالعبد والفرس (و) يجوز (اخذه) اى اخذ الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلا او رهنا) للاستيثاق (ولا يضمن) الوكيل الثمن للموكل والقيمة للراهن (ان توى) اى هلك (ما على الكفيل) من الثمن (او ضاع

الرهن في يده ) اي الوكيل لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لايملك الموكل حجره عن قبض الثمن كما في الهداية وفي المنح وهو مخالف لما في الخلاصة من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها كما صرح به في البزازية والمراد بعدم الضمان عدمه للموكل والا فالدين قد سقط بهلاك الرهن اذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ رهنا فضاع فانه لايسقط من دين الموكل شيء ولاضمان على الوكيل انتهى ( ولو وهب ) الوكيل ( الثمن من المشتري اوابرأ اوحط منه ) اي بعض الثمن ( جاز ) عند الطرفين ( ويضمن ) الوكيل الثمن كله لموكله في الحال ( وعند ابي يوسف لايجوز ) كل من الهبة والابراء والحط اذلاملك له ولاامرله فيمافعل ولم يجز ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمال ( وكذا الخلاف لواجله ) اي الثمن ( اوقبل به ) اي بالثمن ( حوالة ) قال قاضيخان ولم يذكر التأجيل في الاصل قيل يجوز التأجيل في قول ابي يوسف ايضا كمالوباع بثمن موجل وقيل لايجوز واختاره المص فلذا قال وكذا الخلاف لواجله ( ولواقاله ) اي الوكيل بالبيع ( صح ) عقد الاقالة ( وسقط الثمن عن المشتري ولزم ) الثمن ( الوكيل ) عند الطرفين لانه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل قيدنا بالبيع لان الوكيل بالشراء لايملك الاقالة اتفاقا هذا اذالم يقبض الثمن فلوقبضه ثم اقال لايصح وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشتري لأخذ الثمن ثم اقال لايصح كما في شرح المجمع ( وعند ابي يوسف لايسقط عن المشتري ) لانه اضرار للموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعا صار الوكيل مشتريا من المشتري المبيع فكان الوكيل مديونا للمشتري مثل الثمن الاول كما في شرح المجمع ( والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة ) اوباقل منها وهو ظاهر لايحتاج الى البيان ( و ) يجوز ( بزيادة يتغابن بها وهي ) اي الزيادة التي يتغابن بها ( مايقوم به مقوم ) بان قومه عدل مثلا بعشرة وعدل آخر بتسعة فاشتراه بعشرة يدخل تحت تقويم مقوم وقدروه في العروض زيادة نصف في العشرة وفي الحيوان بدرهم وفي العقار بدرهمين فهو الغبن اليسير فلزم الوكل وعن هذا قال ( وقيل في العروض

ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده ) هذا فيما لم يكن له قيمة معلومة كالعبد والدواب وغيرهم واما ماله قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فلا يحتاج الى تقويم مقوم ولا يدخل تحته حتى اذا زاد الوكيل بالشراء شيئا قليلا كالفلس لا ينفذ على الموكل لظهور المخالفة وبه يفتى كما في البحر وغيره وعلى هذا لو قيد قوله وهو ما يقوم به مقوم بان لم يعرف سعره لكان اولى تدبر ( لا بما لا يتغابن بها ) اي لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش لجواز اشترائه لنفسه ثم لعلاء ثمنه يحوله على الآمر وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع اطلقه فشمل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة باقية كما في التبيين لكن في الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وفي العناية ان ما في الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع ( ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه جاز ) عند الامام لما قررناه آنفا ( وقالا لا يجوز ) بيعه لما فيه من الشركة كالعبد لا يتعيب كالبر فانه يجوز بالاتفاق كما مر ( الا ان باع الباقي قبل الخصومة ) اي قبل الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع فح يجوز لعوده الى الوفاق ( وهو ) اي جوازه ان باع الباقي قبل الخصومة ( استحسان ) عندهما وانما ذكر هذه المسئلة مع انها قد ذكرت فيما تقدم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه جاز توطئة لقول الامامين والمسئلة التي تليها وهو التوكيل بشراء عبد لان المسئلة الاولى بذكر لا خلاف فيتوهم انها متفق عليها فذكرها لدفع التوهم لكن الاولى ان يتركها فيما سبق وذكرها هنا جملة كما وقع في الهداية تدبر ( وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل ) لما فيه من ضرر الشركة ( الا ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا ) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين اثنين فينفذ على الموكل بالاتفاق والفرق للامام بين البيع والشراء ان الامر في البيع صادف ملكه فاعتبر فيه اطلاقه بخلاف الامر بالشراء وقال زفر يلزم الوكيل مطلقا اطلقه فشمل ما اذا كان العبد معينا اولا لانه خالفه لشراء النصف فلا يلزم الموكل الا بعد شرائه فبهذا ظهر عدم صحة ما قيل ينبغي ان لا يتوقف شراء النصف اذا كان الوكيل بشراء شيء بعينه تأمل ( ولو رد المبيع ) اي رد المشتري المبيع ( على الوكيل بعيب بقضاء ) اي بقضاء القاضي ( رده ) الوكيل ( على آمره مطلقا ) سواء كان بسبب البينة من قبل المشتري او بنكول الوكيل حين توجه عليه اليمين او اقرار الوكيل عند القاضي ( فيما ) اي في عيب ( لا يحدث

مثله ) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر فكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج ثم ان اشتراطها فيما كان تاريخ البيع مشتبها على القاضي او كان العيب مما لا يعرفه الا النساء او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها كما اذا كان العيب مما لا يحدث اصلا كالاصبع زائدة لا حاجة الى الحجة وانما قال بقضاء لانه ان كان الرد بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه كما في عامة روايات المبسوط ( وكذا ) يرد الوكيل على الآمر ( فيما ) اى في عيب ( يحدث مثله ) في هذه المدة ( ان كان ) قضاء القاضي ( ببينة او نكول عن يمين ) لما تقدم آنفا ( وان ) كان قضاء القاضي ( باقرار ) الوكيل ( فلا ) يرده على آمره ( ولزم الوكيل ) لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر حق المقر دون غيره والوكيل غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول ولكن له ان يخاصم الموكل ان كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة او نكول وان كان بغير قضاء ليس له ان يخاصم الموكل لانه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما ( ولو باع ) الوكيل ( نسيئة ) اى الى اجل ( وقال الموكل امرتك بالنقد وقال ) الوكيل ( لا بل اطلقت ) اى امرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد ( صدق الموكل ) مع اليمين لان الامر مستفاد من الامر ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور ( وفي المضاربة ) صدق ( المضارب ) لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال ( ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به ) لعدم رضى الموكل الابراء بهما معا وفي المنح اطلقه فشمل ما اذا كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما اذا وكلهما بكلام واحد اما اذا كان توكيلهما على التعاقب فانه يجوز لاحدهما الانفراد لانه رضي برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف على الاصح انتهى لكن في الشمني خلاف ما في المنح لانه قال لو باع احدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فاجاز لم يجز عند الامام خلافا لابي يوسف ولو كان احدهما صبيا او عبدا محجورا فللآخر ان ينفرد بالتصرف ولو مات احدهما او زال عقله ليس له ذلك تتبع وفي الخانية

رجل قال لرجلين وكلتكما بشراء جارية بالف درهم فاشترى احدهما ثم اشترى الآخر فانه لآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر ( الا في خصومة ) فان لاحدهما ان يخاصم وحده لان الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى الشغب في مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعي وظاهره انه اذا خاصم احدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما في التبيين وغيره وبه ظهر ان ما ذكره ابن ملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لا بد من مباشرة رأي الآخر حتى لو باشر احدهما بدون رأي الآخر لا يجوز عندنا كما ذكره العيني اقول على هذا يمكن حمل ما في ابن ملك على الرأي فيكون موافقا لقول العامة وهو اولى من الحمل على الضعف تدبر ( ورد وديعة ) وفي البحر ولو قال ورد عين لكان اولى فانه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والبيع الفاسد كما في الخلاصة لكن يمكن بان رد عارية وغصب داخل في رد وديعة حكما والبيع الفاسد في حكم الغصب فاكتفى بذكرها تدبر قيد بالرد للاحتراز عن الاسترداد فليس لاحدهما القبض بدون صاحبه ( وقضاء دين وطلاق وعتق لاعوض فيهما ) وكذا تعليق عتبة الوكيلين وتدبير وتسليم هبة كما في التنوير لانه مما لا يحتاج الى الرأي ويعتبر المثنى فيه كالواحد هذا اذا كان التوكيل بطلاق واحدة معينة وعتق معين لانه لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او عتق عبد بغير عينه لا ينفرد احدهما كما في السراج لانه مما يحتاج الى الرأي وقيد بلا عوض فيهما لانه لو كان الطلاق والعتق بعوض لم ينفرد احدهما الا اذا اجازه الموكل او الوكيل وفي البحر ان الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء فليس لاحدهما الانفراد ( وليس للوكيل ان يوكل ) غيره لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به اذ رضي برأيه دون رأي غيره او وجود التفاوت في الآراء ( الا باذن موكله ) لتحقق رضائه ( او بقوله ) اي بقول الموكل للوكيل ( اعمل برأيك ) لاطلاقه التفويض الى رأيه واستثنى صاحب التنوير من الاستثناء الاول فقال الا في دفع زكوة وفي قبض دين بعزق في عياله وعند تقدير الثمن من الوكيل او كيله فان تصرف وكيل الوكيل بدون الاذن جاز فيها ( فان اذن ) الموكل بالتوكيل ( فوكل ) الوكيل غيره ( كان ) الوكيل ( الثاني وكيل الاول لا الثاني ) ثم فرعه بقوله ( فلا ينعزل ) الوكيل الثاني ( بعزله ) اي بعزل الموكل الثاني ( ولا ) ينعزل ( بموته ) اي بموت الموكل الثاني قال المولى سعدي ينبغي ان يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك انتهى وفيه

كلام لان الوكيل مأمور باعمال رأيه وقد عمل بان يوكل غيره فتم الامر فلا يملك العزل لان العزل الرجوع عن الرأى الاول وليس فى قوله اعمل برأيك مايدل على هذا بخلاف ما اذا قال اصنع ماشئت لان فيه مايدل على العموم فيملك العزل تدبر ( وينعزلان ) اى الوكيل الاول والثانى ( بموت ) الموكل ( الاول ) لان الموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه ( وان وكل ) الوكيل غيره ( بلا اذن ) من الموكل ( فعقد ) الوكيل ( الثانى بحضرته ) اى بحضرة الوكيل الاول ( جاز ) عقده لان المقصود حضور رأيه وقد حضر وظاهر العبارة الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الاجازة وهذا قول البعض والعامة على انه لابد من اجازة الوكيل اوالموكل وان حضرة الوكيل الاول لاتكفى والمطلق من العبارات محمول على الاجازة كما فى اكثر المتعبرات فعلى هذا اوقال فاجازه مكان قوله بحضرته لكان اولى تدبر ( وكذا اوعقد ) الوكيل الثانى ( بغيبته ) اى بغيبة الاول ( فاجازه ) اى اجاز الوكيل عقده ( جاز ) ولو اكتفى بقوله فعقد الثانى بحضرته اوبغيبته فاجازه جاز لكان اخصر واولى لان الحكم فيهما موقوف على الاجازة على قول العامة كما بين قبله تدبر قيد بالعقد احترازا عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول اوطلق الاجنبى فاجاز الوكيل فانه لايقع وكذا الابراء والخصومة وقضاء الدين كما فى المنح ( ان كان ) الوكيل الاول ( قد قدر الثمن للثانى ) فعقد الثانى بغيبته جاز لان الاحتياج فيه الى الرأى لتقدير الثمن وقد حصل كما فى العناية ( ولا يجوز لعبد اومكاتب التصرف فى مال طفله بيع اوشراء ولاتزويجه ) لانتفاء ولايتهما بالرق ( وكذا الكافر فى حق طفله المسلم ) لانتفاء ولايته بالكفر والاصل ان من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه يقال حكم المستأمن والحربى والمرتد يعلم من حال الذمى دلالة ولذا بين حاله دون غيره من الكفار وقيل تصرف المرتد موقوف بالاتفاق لتردد الملة فى حقه فان اسلم نفذ وان قتل لا

## ( باب الوكالة بالخصومة والقبض )

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار مايجب استيفاؤه ممن هو فى ذمته وذلك فى الاغلب يكون لمطالبة المبيع اوالثمن ( للوكيل بالخصومة القبض ) عند ائمتنا الثلاثة لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ( خلافا لزفر ) لان القبض غير الخصومة فلايكون الوكيل به وكيلا بها اذ يختار الموكل للقبض من الناس وللخصومة الى الناس ( والفتوى اليوم على قوله ) اى على قول زفر وهو قول الائمة

خلافه لان من يتوكل على الخصومة لا يوثق على المال لظهور الخيانة في الوكلاء في هذا الزمان افتى بذلك اصحاب الشروط وكثير من مشايخ بلخ وسمرقند وغيرهم ولذا اشار الى الخلاف زفر عند الائمة الثلاثة اقوى قوله في هذا المقام وفي التنوير الوكيل بالخصومة اذا ابى لا يجبر عليها الا اذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعي وغاب المدعى عليه بخلاف الكفيل ( ومثله ) اي مثل الوكيل بالخصومة ( الوكيل بالتقاضي ) يعني ان الوكيل بالطلب مثل الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال اقتضيت حقي اي قبضته فانه مطاوع قضى الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك كما في الهداية وفي العناية ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقا في جواب كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان انتهى فعلى هذا ظهر عدم فهم ما قيل من انه قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاجماع لانه لا فائدة للتقاضي بدون القبض فسلم تأمل في قوله بالاجماع مع ان الخلاف مصرح في سائر الكتب لان ما قاله صاحب الاختيار على رواية الاصل والفتوى على انه لا يملك لفساد الزمان فلا خلاف بالاتفاق على رواية الاصل لما في السراجية الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض في ظاهر الرواية والفتوى على انه ينظر ان كان الوكيل ذلك في بلد كان من العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان توكيلا بالقبض والا فلا انتهى وفي التنوير ورسول القاضي يملك القبض لا الخصومة اجماعا ولا يملك الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح وكذا عكسه ( والوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض ) عند الامام ( خلافا لهما ) وهو قول الائمة الثلاثة ورواية عن الامام لانه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة ويهتدي الى المحاكمة ولانه لم يحصل الرضى من الموكل وله انه وكله باخذ الدين من ماله لان قبض نفس الدين لا يتصور ولهذا قلنا ان الديون تقضى بامثالها لان المقبوض ملك المطلوب حقيقة وبالقبض يتملك بدلا عن الدين فيكون وكيلا في حق التملك ولا ذلك الا بالخصومة وثمرته ما اذا اقام الخصم البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده خلافا لهما وقيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقا وفي التنوير امره بقبض دينه وان لا يقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر وللآمر الرجوع على الغريم بكله ولو لم يكن للغريم بينة على الايفاء وقضى عليه بالدين وقبضه الوكيل فضاع من الوكيل ثم برهن على الايفاء فلا سبيل للمقضي عليه على الوكيل وانما رجع على الموكل ( والوكيل باخذ الشفعة الخصومة

قبل الاخذ اتفاقا ) حتى لواقام المشترى البينة على الوكيل على ان الموكل سلمها تقبل ويبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له الخصومة ( وكذا الوكيل بالرجوع فى الهبة ) اى له الخصومة حتى لواقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع ( اوبالقسمة ) يعنى للوكيل بالقسمة الخصومة حتى اذاوكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل ( اوبالرد بالعيب ) على البائع حتى اذااقام البائع البينة على الوكيل بان الموكل رضى بالعيب تقبل ( وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته ) يعنى له الخصومة واماقبل مباشرة الشراء لايكون له الخصومة وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها ( وليس للوكيل بقبض العين الخصومة ) بالاجماع لانه امين محض بقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول ثم فرعه بقوله ( فلو برهن ذواليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصريد الوكيل ) عنه ( ولايثبت البيع فيلزم ) على ذى اليد ( اعادة البينة اذاحضر الموكل ) اومن يقوم مقامه لان البينة قامت على من لايكون خصما والقياس فيه دفع العبد الى الوكيل لعدم قبول حجة ذى اليد لقيامها على من ليس بخصم فلم يعتبر وجه الاستحسان ان الوكيل خصم فى حق قصريده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصريده فتقام الحجة ثانيا على البيع اذاحضر الخصم ( كانقصريدالوكيل بنقل الزوجة اوالعبد ) يعنى اذااقامت المرأة البينة على الطلاق اواقام العبد البينة على العتاق على الوكيل بنقلهما الى موضع تقبل هذه البينة استحسانا فى قصريد الوكيل عنهما حتى يحضر الخصم منكرا ( ولايثبت الطلاق والعتق لو برهنا ) اى المرأة والعبد ( عليهما ) اى على الطلاق والعتاق ( بلا حضور الموكل ) لما مر انهما اقاما حجة على وكيل غير خصم ولذا وجب اعادتها اوحضر موكله بخلاف قصر اليد ( واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عندالقاضى ) بغيرالحدود والقصاص ( صحيح ) سواء كان وكيلا من قبل المدعى فاقر بالقبض اومن قبل المدعى عليه فاقر بثبوت الحق وفيه اشعار بانه اوانكره ذلك الوكيل صح بالطريق الاولى وبانه لواستثنى الاقرار صح وصار وكيلا بالانكار كما لواستثنى الانكار صار وكيلا بالاقرار وفى الصغرى لواستثنى الاقرار بحضرة الطالب صح والا لا وقال محمد انه ايضا يصح كما فى القهستانى وفى البزازية لووكله غير جائز الاقرار صح ولم يصح الاقرار فى الظاهر لوموصولا وفى الاقضية ومفصولا ايضا ( لاعند غير القاضى ) اى ان كان اقراره عند غير القاضى فشهد به الشاهد ان عند القاضى فانه غير

صح استحسانا لانه مامور به (خلافا لابي يوسف) اي يصح عند غير
القاضي عنده لان الموكل اقامه مقام نفسه مطلقا وهو يقتضي ان يملك ما ملك
الموكل وهو يملك الاقرار عند غير القاضي كذا وكيله وعند زفر والشافعي وهو
قول ابي يوسف اولا لا يصح اصلا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي
منازعة والاقرار اضدادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ووجه
الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا فيتضمن الاقرار والموكل يملك الاقرار كذا يملك وكيله عند القاضي لكونه
جواب الخصم وهو لا يكون معتبرا الا في مجلس القضاء او دونه فعلمه تفضي
الى المجادلة والمنازعة وهو لم يوكل بذلك فيما لا يكون وكيلا (لكن لو برهن
عليه) اي على الوكيل هذا استدراك من قوله لا عند غير القاضي فلهذا لو ذكر
عقيبه لكان انسب تدبر (انه اقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة
ولا يدفع اليه المال) ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال الى الوكيل لانه لا يصح
بعد ذلك المخاصمة ولانه زعم انه مبطل في دعواه (كالاب او الوصي اذا اقر
في مجلس القضاء لا يصح) اقرارهما (ولا يدفع اليه) اي الى الاب او الوصي
(المال) اي اذا ادعى الاب او الوصي شيئا للصغير وانكر المدعى عليه فصدقه
الاب او الوصي ثم طالب بدعوى المال فان اقراره لا يصح لان له ولاية نظرية وذلك
بان يحفظ ماله ويتصرف فيه على الوجه الاحسن والاقرار لا يكون حفظا
ولا يؤمر المدعى عليه بدفع المال اليه لانه لا يصح دعواه وينصب وصي آخر
ويؤمر بدفع المال اليه باثبات (ولا) يصح (توكيل رب المال كفيله بقبض
ماله على المكفول عنه) كما لو وكله بقبضه من نفسه او عبده او وكل المحتال المحيل
بقبض دين المحال عليه فانه غير صحيح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها
صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته (فتنعدم الركن) ولان قبول قوله ملازم
للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فتنعدم بانعدام لازمه
كما في الهداية وفي العناية سؤال وجواب فليراجع (وفي التنوير الوكيل بقبض الدين
اذا كفل صح وبطل الوكالة بخلاف العكس وكذا كل ما صحت كفالة الوكيل
بالقبض بطلت وكالته تقدمت كفالته او تأخرت (ومن صدق مدعي الوكالة
بقبض الدين امر بالدفع اليه) لان تصديقه من قال انا وكيل الغائب بقبض
دينه اقرار على نفسه لان ما يدفعه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها
(فان صدقه صاحب الدين) اي اذا حضر الموكل وصدق الوكيل في دعوى
الوكالة فلا كلام لحصول الحق (والا) اي وان لم يصدقه (امر) اي امر
الغريم (بالدفع اليه) اي الى صاحب الدين (ايضا) اي كما امر بالدفع

الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ان لم يجز الاستيفاء حال قيامه ( ورجع ) الغريم ( به ) اى بما دفعه ( على الوكيل ان لم يهلك في يده ) اى رجع الغريم به ان كان مادفعه اليه باقيا في يد الوكيل لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه ويأخذ مايجده واو كان بقاؤه حكما بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله ( وان هلك ) اى المقبوض في يد الوكيل ( لا ) اى لا يرجع فيما هلك لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض فيكون امينا وهو لا يكون ضمينا اولانه مظلوم في اخذ الموكل ثانيا والمظلوم لايظلم غيره ( الا ان كان ضمنه عند دفعه ) فح يرجع على الوكيل بمثل مادفعه قيل روى ضمنه بالتشديد وبعدمه فالمعنى بالتشديد الااذا كان جعل الغريم الوكيل ضامنا بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر وكالتك واخذ مني ثانيا فانت ضامن بهذا المال فقال انا ضامن وبعدم التشديد الااذا كان الوكيل بان قال عند دفعه ان حضر الغائب وانكر التوكيل واخذ منه ثانيا فاني ضامن بهذا المال فيصير الوكيل كفيلا بمال قبضه الداين المنكر ثانيا لان اضافة الضمان الى زمان القبض جائز لابمال قبضه الوكيل اولا لانه امانة في يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لايجوز بها الكفالة وظاهر المتن انه لارجوع على الوكيل حالة الهلاك الااذا ضمن وليس كذلك بل الحكم كذلك لوقال له قبضت منك على اني ابرأتك من الدين كما في التنوير ( اودفع اليه على ادعائه ) حال كونه ( غير مصدق وكالته ) سواء كان مكذبا اوساكتا فانه يرجع عليه لانه انما دفع له على رجاء الاجازة فانقطع رجاؤه رجع عليه وفي التنوير فان ادعى الوكيل هلاكه اودفعه لموكله صدق بحلفه وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب ( ومن صدق مدعى الوكالة بقبض الامانة لايؤمر بالدفع اليه ) لان تصديقه اقرار بمال الغير اولانه مأمور بالحفظ لابالدفع بخلاف الدين فاذا لم يصدقه لايؤمر بالدفع اليه بالاولى وفي المنح تفصيل فليراجع ( وكذا ) اى مثل ماذكر من الحكم ( لوصدقه في دعوى شرائها من المالك ) يعني لوادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه ( ولوصدقه في ان المالك مات وتركها ) اى الوديعة ( ميراثاله امر بالدفع اليه ) اذالم يكن على الميت دين مستغرق فلوانكر موته اوقال لاادري لايؤمر بالتسليم اليه مالم تقم البينة هذه المسئلة قد تقدمت في اواخر القضاء فكان ذكرها هنا تكرارا تدبر ( ولوادعى المديون على الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولا بينة له )

اى المديون على استيفاء الدائن ( امر بدفعه اليه ) اى امر الغريم بدفع المال الذى عليه الى الوكيل لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وجعلوا دعواه الايفاء لرب الدين جوابا للوكيل اقرارا بالدين وبالوكالة والا لما اشتغل بذلك كما اذا طلب من الدائن وادعى الايفاء فانه يكون اقرارا بالدين وكما اذا اجاب المدعى ثم ادعى الغلط فى بعض الحدود فانه لا يقبل لان جوابه تسليم الحدود كما فى المنح ( ولا يحلفه ) اى الوكيل ( انه ما يعلم استيفاء موكله ) الدين لانه نائب عن الموكل والنائب لا يجرى عليه الحلف خلافا لزفر ( بل يتبع ) الغريم بعد ما دفع المال الى الوكيل ( رب الدين ويحلفه ) اى رب الدين ( انه ما استوفى ) فان حلف بقى الحكم على حاله وان نكل بطل الحكم فيسترد فيه ما قبض ( ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضى به ) اى بالعيب ( لا يؤمر بدفع الثمن قبل حلف المشترى ) والفرق بين هذه وما تقدم من مسئلة الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عن نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند الامام كما هو مذهبه فى العقود والفسوخ ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما فيجب ان يتحد الجواب فى الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما ببطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف ان يؤخر فى الفصلين وفى المنح فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فى هذه المسئلة فحضر الموكل وصدقه على الرضاء كانت له لا للبائع عند الكل على الاصح ( ومن دفع اليه رجل آخر عشرة ) دراهم ( ينفقها على اهله فانفق عليهم ) اى على اهله ( عشرة ) اخرى ( من عنده فهى بهذه ) اى العشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك قيل هذا استحسان وفى القياس وهو قول الائمة الثلاثة ليس له ذلك فيصير متبرعا لانه خالف امره وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه كما فى الاصلاح وظاهر كلامه انه انفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال فى النهاية هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وفى التنوير وصى انفق من ماله ومال اليتيم غائب فهو اى الوصى متطوع فى الانفاق الا ان يشهد على ان ما انفقه قرض عليه او انه يرجع عليه فلا يكون متطوعا وله ان يرجع

## ( باب عزل الوكيل )

وجه تأخيره ظاهر ( للموكل عزل وكيله ) عن الوكالة لانها حقه فله ان يبطله ( الا اذا تعلق به ) اى بالتوكيل ( حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم ) فلا يملك عزله فيصير كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن ومال الوقف وفيه اشارة الى انه لو علق وكالته بالشرط ثم عزله قبل وجوده صح وعليه الفتوى كما فى القهستانى والى انه بطل تعليق العزل بالشرط ( ويتوقف انعزاله ) اى انعزال الوكيل ( على علمه ) اى علم الوكيل ثم فرعه بقوله ( فتصرفه ) اى تصرف الوكيل ( قبله ) اى قبل العلم بانعزاله ( صحيح ) لان فى انعزاله بغير علم اضرارا به اذ ربما يتصرف على انه وكيل فيلحقه العهدة وكذا لو عزل الوكيل نفسه لا يجوز بدون علم الموكل وعند الائمة الثلاثة ينعزل الوكيل بلا علم منه الا فى قول عنهم ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكلك لا يكون عزلا الا ان يقول والله لا اوكلك بشئ ويثبت العزل من الوكالة بمشافهة كقوله عزلتك واخرجتك عن الوكالة وبكتابته وارساله رسولا عدلا او غير عدل حرا او عبدا صغيرا او كبيرا اذا قال رسول الموكل ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولى بالعزل فلا بد من احد شرطى الشهادة اما العدد او العدالة وفى الدرر قال وكلتك بكذا على انى متى عزلتك فانت وكيلى فانه اذا عزله لم ينعزل بل كان وكيلا له ويسمى هذا وكيلا دوريا ولو اراد عزله بحيث يخرج عن الوكالة يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك فانه ينعزل ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى لا يكون معزولا بل كلما عزل كان وكيلا فاذا اراد ان يعزله يقول رجعت عن الوكالة المطلقة وعزلتك عن المنجزة فح ينعزل لان ما لا يكون لازما يصلح الرجوع عنه والوكالة منه كما فى التبيين وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا الا اذا علم به المديون فلو دفع المديون دينه الى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ ( وتبطل الوكالة بموت الموكل ) هذا اولى من عبارة الوقاية بموت احدهما لانه قال صاحب الدرر ولما لم يكن لذكر الوكيل هنا فائدة تركته لكن يمكن ان الوكيل لو مات يحق الرد بالعيب لوارثه او وصيه وان لم يكن فللموكل فى رواية ولوصى القاضى فى اخرى كما فى القهستانى ففيه فائدة ( وجنونه ) اى جنون الموكل وكذا جنون الوكيل ( مطبقا ) اى مستوعبا ( وحده ) اى حد المطبق ( شهر عند ابى يوسف ) وكذا عند الامام فى قول وعليه الفتوى كما فى المضمرات ( وحول عند محمد ) وكذا عند الامام فى قول ( وهو المختار ) لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكوة فقدر به احتياطا ( و )

تبطل (بلحاقه) اى بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) عند الامام لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة (خلافا لهما) فان تصرفاته نافذة عندهما الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق فلو عاد من دار الحرب مسلما ولم يحكم بلحاقه تعود الوكالة عندهم وان حكم ثم عاد تعود الوكالة عند محمد خلافا لابي يوسف كما في القهستاني وفي المنح فظاهر كلام الكنز وغيره من المتون ان كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك بل لا بد من استثناء مسائل من هذا الاصل فقال الا اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع المرهون عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كما لو وكل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء وتمامه فيه فليراجع (وكذا) تبطل وكالته (بعجز موكله) حال كون الموكل (مكاتبا) اى اذا وكل مكاتب وكيلا بالبيع مثلا ثم صار رقيقا بعجزه عن اداء بدل الكتابة بطل وكالة وكيله لانه رفع تصرفه في ماله الخبير بالامر (وحجره) اى حجر الموكل حال كونه (عبدا مأذونا) ولا فرق فيه بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه موكله وفي القهستاني وانما فصل بكذا للتنبيه على العامل البعيد لا لما طق ان في مابعده لم يشترط علم الوكيل وفيه اشعار بان المكاتب او المأذون اذا وكل رجلا بالتقاضي او الخصومة لم تبطل وكالته بالعجز او الحجر كما في النهاية (و) تبطل الوكالة في حق من لم يوكل صريحا من الشريكين بسبب (افتراق) هذين (الشريكين) عن الشركة اى ينبث عزل الوكيل بافتراقهما ولا يتوقف على علم الوكيل لما مر انه عزل حكمي والعلم شرط للعزل الحقيقي واطلاقه شامل اما اذا افترقا بطلان الشركة بهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة ضمنية واما اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلا للتصرف في المال فلو افترقا فانعزل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل وتمامه في البحر فليطالع (وتصرف) هو بالجر اى وكذا تبطل الوكالة بتصرف (الموكل فيما وكل به) تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته او تزويج امرأة او شراء شئ او طلاق او خلع او بيع عبد فاعتق او كاتب او زوج او طلق ثلثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان الموكل لو فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى ان الموكل اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال حاجته بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها

[illegible] يكون له ان يرده على الموكل [illegible] كذا في الدرر وفي المنح وتعود الوكالة اذا عاد الى الموكل قديم ملكه فلو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شئ ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يواجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الطرفين لا التخصيص والوصية بمنزلة الوكالة او بقي اثر ملكه كما لو طلق امرأته فهي في العدة فان تصرف الوكيل غير متعذر بان يوقع الثاني في العدة وهي اثر ملكه كما تقدم انتهى لكن في قوله او بقي شيئان الاول انه معطوف على قوله عاد وهو طرف للعود ولا عود في صورة بقاء الاثر والثاني انه يلزم التكرار بما سبق من قوله وبتصرفه بنفسه كما لو طلق امرأته فهي في العدة الى آخره تدبر ( ولا يشترط في الموت وما بعده ) من الجنون واللحوق في دار الحرب والعجز وافتراق الشريكين وتصرف الموكل فيما وكل به ( علم الوكيل ) لما مر ان العلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما في اكثر المعتبرات قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان في الكافي مسئلة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي ايضا وتمامه فيه فليطالع

---

## ( كتاب الدعوى )

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة هي واحدة الدعاوى بفتح الواو وكسرها وبعضهم قال الفتح اولى وبعضهم الكسر اولى ومنهم من سوى بينهما وفي الكافي يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطاء والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول الناس يا فلان ما انتهى ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة ( هي ) اي الدعوى في اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حال المسالمة او المنازعة مأخوذ من قولهم ادعى اذا اضاف الشئ الى نفسه بان قال لي ومنه دعوة الولد وفي الشرع يراد به اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة لا غير كما في المبسوط وقيل هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي الشرع ما اختاره المص تبعا للوقاية بقوله ( اخبار ) عند القاضي او الحكم فانه شرط كما في الكافي

وغيره ( بحق ) معلوم فانه شرط ( له ) اى للخبر ( على غيره ) اى قبالى
غير المخبر المذكور لتاق الدين وغيره وشرطها مجلس القاضى وحضور خصمه
ومعلومية المدعى وكونها ملزمة وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى
ما يستحيل وجوده باطلة انتهى فعلى هذا اطلاق المص لايخلو عن شئ
كما فى القهستانى الا انه قال عدم تقييده بالحضور لكون حضور مجلس القاضى
ماخوذا فى مفهوم الدعوى وهى مطالبة حق عند من له الخلاص ولا يخرج
عن التعريف فلا يكشف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضى الى القاضى
فى مجلس القاضى الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب فى الكتاب بعد الاستشهاد
بالدعوى الصحيحة الصادرة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس
بحاضر واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطا وشرط الشئ
خارج عن ذلك الشئ تامل ( والمدعى ) شرعا ( من لا يجبر ) اى لا يكره
( على ) هذه ( الخصومة ) اى المخاصمة وطلب الحق فلا يشكل بما كان فيه
مخاصم من وجه آخر كما اذا قال قبضت الدين بعد الدعوى فانه لا يجبر على هذه
الخصومة اذا تركها ( والمدعى عليه من يجبر ) على هذه الخصومة والجواب
لكونه منكرا معنى وان مدعيا صورة ولذا قال محمد فى الاصل المدعى عليه هو
المنكر وهو الصحيح ذالاعتبار للمعانى ولا يشكل بوصى اليتيم فانه مدعى عليه
معنى فيما اذا جبر القاضى على الخصومة لليتيم كما فى القهستانى وانما عرفهما
بذلك وعدل عما اقتضى التعريف اشارة الى اختلاف المشايخ فيهما فقال
المدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه وهذا حاصل ما ذكر فى هذا المتن
قال ابو المكارم والتعريف المذكورة ان كان جامعا صحيحا كما قال فى الهداية
لكنه تعريف له بالحكم انتهى وقيل المدعى من لا حجة له عليه والمدعى
عليه خلاف هذا ولذا نقل ان الكتاب مدعى اسوة ولا يقال لرسولنا
عليه السلام وقيل المدعى من لا يستحق الا بينة والمدعى عليه من يكون مستحقا
بلا حجة اذ قوله هو لى يكون له على ما كان فالمثبت المدعى استحقاقه وقيل
المدعى من يلتمس خلاف الظاهر وهو الامر الحادث والمدعى عليه من يتمسك
بالظاهر كالعدم الاصلى انتهى اذ لا عرض على من له اليد نحو المدعى
بعد دعواه كما لا يعرض الوجود على العدم الاصلى فلم يلزم عليه ما قال بعض
الفضلاء ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون
امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون عدما اصليا
انتهى لان المراد بالامر الحادث كونه محتاجا الى الدليل فى ظهوره ووجوده
وبالعدم الاصلى عدم كونه محتاجا اليه اصلا فالمودع الذى يدعى رد الوديعة

اى المودع لايكون مدعيا حقيقة وكذا لايكون المودع بانكاره الرد منكرا حقيقة لانه بانكاره يدعى شغل ذمة المودع معنى وكذا المودع بادعائه الرد ينكر الشغل معنى ليفرغ ذمته عن الضمان فيجبر على الخصومة فيما انكره معنى من الضمان لكونه مدعى عليه فيصدق قوله مع اليمين اذ الاعتبار للمعانى دون الصور كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ ( ولاتصح الدعوى الابذكر شئ ) اى قول دين اوعين ( علم جنسه ) اى جنس ذلك الدين كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها ( وقدره ) مثل كذا وكذا درهما اودينارا اوكرا قيل لابد ايضا من ذكر وصفه بانه جيد اوردى فى دعوى الدين اذ هو يعرف به لان الزام الخصم بالمجهول عند قيام البرهان متعذر وكذا الشهادة والقضاء غير ممكن بخلاف اليمين كما سيجئ وفيه اشارة الى انه لوكتب صورة الدعوى بلا عجز عن تقريرها لم تسمع كما فى القهستانى فان عجز عن الدعوى عن ظهر القلب فكتب فتسمع كما فى الخزانة ( فان كان ) المدعى ( دينا ) اى حقا فى الذمة ( ذكر ) المدعى ( انه يطالبه به ) اى ان المدعى يطالب المدعى عليه بالدين لان فائدة الدعوى اجبار القاضى المدعى عليه على ايفاء حق المدعى وليس للقاضى ذلك الا اذا طالبه به فامتنع ( وان كان ) المدعى ( عينا نقليا ) اى منقولا ( ذكر ) المدعى ( انها ) اى العين ( فى يد المدعى عليه بغير حق ) دفعا لاحتمال ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم وفى حاشية يعقوب باشا جواب عن طرف صاحب الدرر واعتراض عليه فليطالع ( وانه ) اى المدعى ( يطالبه ) اى المدعى عليه ( بها ) اى بالعين ( ولابد من احضارها ) اى يكلف احضار العين المنقولة ( ان امكن ) الاحضار ( ليشار اليها ) اى الى العين ( عند الدعوى وعند الشهادة اوالحلف ) لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها او بعث امينا كما فى البحر وغيره لكن على رواية والافقوله وان تعذر يذكر قيمتها يغنى عنه تدبر وفى المجتبى معزيا الى الاسبيجابى فى مسئلة الشاهدين اذا شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل الشهادة خلافا لهما ثم قال وهذه المسئلة تدل على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة فى لونها ثم قال وهذه المسئلة الناس عنها غافلون لكن ليس فى ذلك دليل على ما ذكر لانها اذا كانت غائبة لايشترط احضارها والقيمة كافية كما فى البحر ( وان تعذر ) اى تعذر احضار المنقولات بان كانت

هالكة اوقائمة ( يذكر قيمتها ) ليصير المدعى معلوما بها لان الغائب لا يعرف الا بالوصف والقيمة قال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة او الانوثة في الدابة هذا اذا ادعى العين اما اذا ادعى قيمة شئ مستهلك فلابد من بيان جنسه ونوعه واختلفوا في بيان الذكورة والانوثة في الدابة قال العمادي ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة كل على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالاجمال وهو الصحيح لانه لو قال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي فان عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة قول الغاصب فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلان يصح اذا بين قيمة الكل جملة كان اولى وفي التبيين فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى وقيل يشترط ذكر القيمة اذا كانت الدعوى سرقة ليعلم ان السرقة كانت نصابا فاما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع وفي التنوير وفي دعوى الايداع لابد من بيان مكانه سواء كان له حمل اولا وفي الغصب ان كان له حمل ومؤنة فلابد من بيان موضع الغصب والا لا وفي دعوى المثليات لابد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب ( وفي العقار لا يحتاج الى قوله بغير حق ) كما يحتاج اليه في المنقول ولكن يذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلابد من اثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ماقاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد ما في القهستاني من قوله ويزيد في العقار الصاحبه بعض المشايخ كما في قاضيخان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى لكن اختلف المشايخ في الفتوى كما سيأتي تتبع ( ولا تثبت اليد ) اي يد المدعى عليه ( فيه ) اي في العقار ( بتصادقهما ) اي لا تثبت بتصادق المدعي والمدعى عليه على انه في يده ( بل ) تثبت اليد فيه ( ببينة ) بان يشهد الشهود انهم عاينوا في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل ( او علم القاضي ) انه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم بل تثبت بتصادقهما ( في الصحيح ) احتراز عما قيل ان اليد تصح بالاقرار فلا حاجة الى البينة ولا الى العلم وفي العمادية شهدوا انه يملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتى بالقبول قال الولوالجي اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا تقبل لانه ان لم يثبت انه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر المشايخ وقيل يفتى في المنقول لا في العقار حتى يقولوا انه

فى يده بغير حق فالصحيح الذى عليه الفتوى انه تقبل فى حق القضاء بالملك لا فى حق المطالبة بالتسليم وتمامه فيه فليراجع وفى المنح وليس ماذكر من اشتراط ثبوت اليد فى العقار بالبينة او العلم مطلقا فى جميع الصور بل اذا ادعى المدعى ملكا مطلقا فى العقار اما دعوى الغصب والشراء فلا يشترط ثبوت اليد ( ولابد فيه ) اى فى العقار ( من ذكر البلد والمحلة ) وفى الفصولين فى دعوى العقار لابد ان يذكر بلدة فيها العقار ثم المحلة ثم السكة اختيارا لقول محمد فان مذهبه ان يبدأ بالاعم ثم بالاخص وقيل يبدأ بالاخص ثم بالاعم ( و ) لابد من ذكر ( الحدود الاربعة فى الدعوى والشهادة واسماء اصحابها ) اى اصحاب الحدود ( ونسبهم الى الجد ) ليتميزوا عن غيرهم لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهب الامام هذا اذا لم يكن مشهورا ( وفى الرجل المشهور يكتفى بذكره ) لحصول المقصود به ( فان ذكر ثلاثة وترك الرابع صح ) وقال زفر لا لان التعريف لم يتم ولنا ان الاكثر حكم الكل على ان الطول يعرف بذكر الحدين والعرض باحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن ابى يوسف يكفى الاثنان وقيل الواحد ( وان ذكره ) اى الحد الرابع ( وغلط فيه ) اى فى الحد الرابع ( لا ) يصح لانه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه وفى المنح وانما يثبت الغلط باقرار الشاهد انى غلطت فيه اما لو ادعاه المدعى عليه لا تسمع ولا تقبل بينته وتمامه فيه فليطالع ( واذا صحت ) اى اذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ما سبق ( سأل القاضى الخصم ) اى المدعى عليه ( عنها ) اى عن دعواه ليتضح وجه حكمه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول خصمك ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول ( فان اقر ) اى الخصم ( حكم عليه ) اى على الخصم اى يحكم القاضى بالخروج عن موجب ما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف فى صدقه على الحكم من القاضى ولذا قال فى الاصلاح فان اقر فيها ولم يقل حكم ( وان انكر ) الخصم انكارا صريحا او غير صريح كما اذا قال لا اقر ولا انكر فانه انكار عندهم وما روى انه اقرار غير ظاهر فيحبس حتى يقر فغلط كما فى القهستانى لكن قال السرخسى وعند ابى يوسف يحبس الى ان يجيب وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية فلذا افتيت بانه يحبس الى ان يجيب وتمامه فيه فليراجع ( سأل ) القاضى ( المدعى البينة ) فى دعواه ( فان اقامها ) اى ان اقام المدعى البينة يحكم القاضى على خصمه لانه نور دعواه بالبينة فهى فيعلة من البيان او البين اذ بها يظهر الحق من الباطل ويفصل بينهما ( والا ) اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها ( حلف ) اى حلف القاضى ( الخصم )

وهو المدعى عليه (ان طالب خصمه) اى طلب المدعى تحليفه المدعى عليه لانه عليه السلام قال للمدعى الك بينة فقال لا فقال لك يمينه وقد قال شاهدك او يمينه فصار اليمين حقا لاضافته اليه لام التمليك فيد يحلف القاضى لان المدعى عاجز او حلف بطلب المدعى عينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى وهذا ليس بحلف لان التحليف حق القاضى فلو رضى عليه تعسل والتحلف ثابت عند القاضى ولا يحلف قبل طلبه عند الطرفين فى جميع الدعاوى وكذا عند ابى يوسف الا فى مسائل فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله ما رضيت بالعيب والشفيع بالله ما ابطلت شفعتك والمرأة اذا طالبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا ولا اعطاك النفقة والمستحق يحلف بالله ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضى بلا طلب الوصى والوارث (فان حلف) المدعى عليه (انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة) اى اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان اقامها بعد الحلف تقبل قال عليه السلام اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة او حاضرة فى البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف ولا عبرة لما قاله بعض الفقهاء من ان البينة لا تسمع بعد اليمين كما فى الدرر وغيره (وان نكل) عن اليمين (مرة) اى قال لا احلف (او سكت بلا آفة) من خرس او طرش او غيره فان السكوت بلا آفة نكول حكما هو الصحيح كما فى السراج (قضى) اى قضى القاضى له عليه بالمال (بالنكول) اى بسبب الامتناع عنه (صح) ذلك القضاء لان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب على جانب التورع فى نكوله (وعرض اليمين) عليه (ثلثا) بان يقول له فى كل مرة انى اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه (ثم القضاء) على تقدير نكوله (احوط) لما فيه من المبالغة فى الانظار ولا عبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلثا وفيه اشعار بانه لابد ان يكون النكول فى مجلس القضاء والنكول فى غير مجلس القضاء لا يوجب شيئا كما فى اليمين وفى المجتبى يشترط ان يكون القضاء على فور النكول عند بعض المشايخ وقال الخصاف لا يشترط حتى لو استمهله بعد العرض يوما او يومين او ثلاثة فلا بأس به وهو قول الائمة

الثلاثة وفي المنح ولم ارفيه ترجيحا وفي البحر واما المذهب فانه لوقضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة وهو الصحيح والاول اولى انتهى ( ولا ترد يمين على مدع ) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وعند الائمة الثلاثة ترد عليه عند نكوله فان حلف قضى له والالا ( ولا يقضى بشاهد ويمين ) وقال الشافعي لواقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له والالا لان النبي عليه السلام قضى بشاهد ويمين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعي واليمين على من انكر وهذا الحديث مشهور كأن كالمتواتر وحديث الشاهد واليمين غريب ضعفه الطحاوي واول من قضى به معاوية رض ولم يقع العمل به الى زمانه لعدم الحاجة اليه حتى لوقضى القاضى به لا ينفذ ( ولا يحلف في نكاح ) اى نفس النكاح اوالرضى به اوالامر به فلوادعى احد من الزوجين بلا بينة نكاحا على الآخر وهو منكره ( ورجعة ) بان يدعى احد الزوجين بعد العدة على الآخر انه راجعها في العدة والآخر ينكرها فان ادعى الرجعة في العدة يثبت بقوله في الحال كما في القهستاني ( وفيء وايلاء ) كما في نسخة المص لكن الاولى كما في سائر المتون وفيء ايلاء بدون الواو اى في الرجوع في مدة الايلاء بان يدعى احدهما على الآخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها في مدته والآخر منكر وفي القهستاني فان اختلفوا قبل المدة ثبت الفيء بقوله ( واستيلاد ) اى طلب ولد بان يدعى احد من الامة والمولى اوالزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا حيا اوميتا كما في قاضيخان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لم يتصور لان النسب ثبت باقراره ولاعبرة لانكارها بعده ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويرهم كما في القهستاني ( ورق ) بان ادعى رجل على مجهول الحال انه رقه اوادعى المجهول انه سيده وانكر الآخر ( ونسب ) بان ادعى ان هذا ولده اووالده اوهو يدعى عليه والآخر ينكر ( وولاء ) سواء كان ولاء العتاقة اوولاء الموالاة بان يدعى احد من المعروف والمجهول على الآخر انه معتقه اومولاه فلا يحلف عند الامام في هذه الامور لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلا واباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لا يجرى في هذه الامور ( وعندهما ) وهو قول الائمة الثلاثة ( يحلف ) لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على تقدير صدقه فاذا امتنع عليه ظهر انه غير صادق في انكاره اذ لوكان صادقا لاقدم عليه ولما كان النكول اقرارا فالاقرار يجرى في هذه الاشياء فيستحلف على صورة انكار المنكر لا على دعوى المدعى حتى ان نكل يقضى بالنكول ( وبه ) اى بقول الامامين ( يفتى )

كما فى صحيحان وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى مما لا يعلم الخروج
وفى النهاية قال المتأخرون ان المدعى اذا كان متعنتا ياخذ القاضى بقولهما
وان مظلوما بقوله (ولا) يستحلف (فى حد) اتفاقا هو خالص حق الله
تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة اومغلب حقه تعالى كحد القذف فان حق
العبد فيه مغلوب فلو ادعى احد على احد قذفه بالزنا فانكره لم يحلف الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى
ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ذكره الزيلعى
وصححه الحلوانى خلافا للسرخسى (و) لا فى (لعان) ايضا بالاتفاق
اذا ادعت المرأة على زوجها انه قذفها قذفا يوجب اللعان وانكر الزوج
لان اللعان قائم مقام حد الزنا فى جانب الزوج فلا يثبت بالنكول الذى هو
اقرار مع شبهة (والسارق يحلف) بالاتفاق عند ارادة اخذ المال ويقول
فيه بالله تعالى ماله عليك هذا المال وعن محمد ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد
فان قال اريد القطع يقول فى جوابه ان الحدود لا يستحلف فيه وان قال اريد
المال يقول له دع دعوى السرقة وادع المال (فان نكل) عن الحلف
(ضمن) المال (ولا يقطع) لان النكول اقرار مع شبهة فيعمل فى الضمان
دون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان على السرقة والمال تقبل فى المال دون
القطع (ويحلف الزوج ان ادعت) الزوجة (طلاقا) بلا بينة لها عليه
(قبل الدخول اجماعا) لان مقصودها المال والاستحلاف يجرى فى المال
بالاجماع (فان نكل ضمن) الزوج (نصف المهر) وانما وضع المسئلة
فى الطلاق قبل الدخول لانه لو اطلق ينصرف الى الطلاق الذى يلزم
منه المهر تاما ويبقى امر الطلاق الذى يلزم منه نصف المهر
مستورا فكشفه اولى مع ان لزوم الحالف فى الطلاق بعد الدخول
بطريق الاولى فانه اذا استحلفه قبل تأكد المهر فبعده اولى
(وكذا) يحلف (فى النكاح اذا ادعت) المرأة (مهرها) وانكر الزوج
فلو نكل يلزم المهر ولا يثبت النكاح عند الامام بخلاف الطلاق وكذا اذا ادعت
النفقة بالنكاح يستحلف فان نكل يلزم النفقة دون النكاح (وفى النسب) اى
يحلف فى دعوى النسب ان ادعى حقا كارث ونفقة) بان ادعى رجل على
رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه او طلب من القاضى
فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب بالاجماع
فان حلف برئ وان نكل قضى بالمال والنفقة لا بالنسب ان كان النسب نسبا
لا يصح الاقرار به وان كان سببا يصح الاقرار به فعلى الخلاف (وغيرهما)

كالحجر بان كان صبي في يد رجل الملتقط وهو لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة حرة الاصل انها اخوها تريد قصر يد الملتقط لمالها من حق الحضانة واراد استحلافه فنكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب وكذا العتق بسبب الملك بان ادعى عبد على مولاه انه عتق لانه اخوه اواراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فان المدعى عليه يستحلف على ما يدعي بالاجماع (وفي القصاص) اي يحلف جاحد القود في النفس والاطراف بالاتفاق (فان نكل في) دعوى (النفس) لم يقتص منه بل (حبس حتى يقر) فيقتص منه (او يحلف) فيطلق عن الحبس والا يحبس ابدا (وان) نكل (فيما دونها) اي النفس (يقتص) منه وهذا عند الامام لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا ابيح قطعها للحاجة ولم يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر صاحبها بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى واذا سلك بالاطراف مسلك الاموال يجرى فيه البذل كما يجرى في الاموال كما في اكثر المعتبرات وما قاله ابو المكارم من انه يتوجه عليه حينئذ لزوم قطع يد السارق بالنكول وقدم انه لا يقطع ليس بوارد لان قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالاموال بخلاف القطع في السرقة فانه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق بينهما تدبر (وعندهما يضمن الارش فيهما) اي في صورتي دعوى النفس والاطراف لان النكول اقرار عندهما لكن فيه شبهة البذل فيمتنع في الطرف بما فيه شبهة القصاص كما في النفس فيجب المال فيهما لتعذر القصاص خصوصا اذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعى العمد وعند الائمة الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى على انه صادق في دعواه بناء على ما مر من اصلهم (فان قال المدعى لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لا يحلف) عند الامام وهو الصحيح كما في المضمرات وغيره وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه وللامام ان ثبوت اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع الامام فيما ذكره الطحاوي كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا ينبغي للمص ان يذكر الخلاف تدبر قيدنا بالمصر لانها لو كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاتفاق وان كانت خارج المصر يحلف بالاتفاق وفي المجتبي وقدرت الغيبة بمسيرة السفر وفي المنح وحضورها في المصر وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى في الدعاوى الصحيحة اذا انكر المدعى عليه ويقول المدعى لا شهود لي او شهودي غيب

او مرض وفي البحر ادعى المديون الايصال وانكر المدعي ولا بينة له فطلب كفيلا
فقال المدعي احلف حتى في الخصم ثم استحلفه فله ذلك في زماننا ( ويؤخذ )
من الكفيل ( بنفسه ) اي يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه كيلا يتغيب
فيضيع حقه استحسانا والقياس ان لا يكفل قبل اقامة البينة وهو مذهب الشافعي
وشرطه ان يكون الكفيل معروفا ثقة ولا يقوم احد في بلد بان يكون له دار وحانوت
ملكا له وله ان يطالب وكيلا بالخصومة حتى لو غاب الاصيل تقوم البينة على
الوكيل ويقضى عليه وصح ان يكون شخص كفيلا ووكيلا وان اعطاه فله ان يطالبه
بالكفيل بنفس الوكيل وان كان المدعي منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا
بنفس يحضرها ولا يبيعه المدعى عليه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك وفيه
اشارة الى ان القاضي يكفله ولو لم يطلبه المدعي وهذا اذا كان المدعي جاهلا
بالخصومة واما اذا كان عالما فلا يكفله القاضي الا بطلبه ( ثلاثة ايام ) هذا مروي
عن الامام وهو الصحيح كما في الكافي وغيره وصحح في الخانية انه الى جلوس القاضي
مجلسا آخر وفوض الرأي الى القاضي وهو الاشبه برأي الامام ولا فرق
في الظاهر بين الوجيه والحقير وكذا بين القليل من المال والكثير وعن محمد
ان الخصم ان كان وجيها لا يخفى بيته لهذا القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وقوله
لي بينة حاضرة بالكفيل وبناء في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي
او شهودي غيب لا يكفل اذ لا فائدة فيه بل يحلف فاذا احضر بينة بعدما حلف
قبل بينة المدعي وكذا لو قال المدعي لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه
القاضي ثم قال لي بينة فان القاضي يقبل ذلك منه وقيل لا يقبل وفي البحر ادعى
القاتل ان له بينة حاضرة على العفو اجل ثلاثة ايام فان مضت ولم يأت بالبينة وقال لي
بينة غائبة يقضي بالقصاص قياسا كالمال وفي الاستحسان يؤجل استعظاما
لامر الدم ( فان ابى ) عن اعطاء الكفيل ( لازمه ) بقدر مدة التكفيل
( ودار معه ) اي مع الغريم ( حيث دار ) تفسير الملازمة وفي البحر نقلا
عن القنية رأيت في زيادات بعض المشايخ ان الطالب لو امر غيره بملازمة
مديونه فله دون ان لا يرضى عند الامام خلافا لهما وجعله فرعا لمسئلة التوكيل
بغير رضى الخصم لكن لا يحبسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق
عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور
معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول الى اهله
بل يدخل المطلوب الى اهله والملازم على باب داره ( وان كان ) المطلوب
( غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي ) الى ان يقوم من مجلسه لان في اخذ
الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا

المقدار ظاهرا فان برهن فى المجلس فبها والا يحلفه ان شاء اودعه (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق) لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر (وقيل ان الح الخصم صح) اليمين (بهما) اى بالطلاق والعتاق (فى زماننا) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى كما فى الهداية لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا حتى لو قضى لا ينفذ وانما اتى بصيغة التمريض لان اكثر مشايخنا لم يجوزه وفى البحر الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق وهو ظاهر الرواية وفى الخانية ومنهم من جوزه فى زماننا والصحيح ما فى ظاهر الرواية انتهى (وتغلظ) اليمين (بذكر صفاته تعالى) اى صفات الله تعالى مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه (ان شاء القاضى) لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار فى صفة التغليظ الى القاضى يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الا انه يحتاط (ويحترز من التكرار) اى يحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض والا تتعدد اليمين واوامره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وقيل تغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) تغلظ (بزمان) على المسلم بان يستحلف فى اول الجمعة اوآخرها او ليلة القدر لان فيه تأخير المدعى (اومكان) بان يستحلف مسجد الجامع عند المنبر لان المراد هو اليمين بالله تعالى والزيادة عليها زيادة على النص وفى الحاوى القدسى ولا يستحب تغليظ اليمين بهما انتهى وظاهره انه مباح لانه نفى الاستحباب وهو لا يستلزم نفى الاباحة بخلاف العكس لكن قال الزيلعى فلا يشرع تدبر وعند الائمة الثلاثة يجوز ان تغلظ بهما ايضا ان كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم (ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التوراة على موسى عليه السلام و) يحلف (النصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام) فتؤكد اليمين بذكر المنزل على نبيهما (و) يحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) لانهم يعظمون النار تعظيم العبادة فتؤكد عليه دونه ليفيد فائدة اليمين وقيل ان المجوسى حلف بالله لا غير كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس لان ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها وما ينبغى ان يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة وعن الامام انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) فحسب اذ يقر بالله تعالى

انه خالقه لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله كذا قالوا وفي المنح وغيره واشكل عليه ان الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة في الآية على ما ذكر لان الوثني يعتقد غير الله تعالى ويعتقد ان الله تعالى خالقه انتهى لكن يمكن ان الدهري هو من يقول بقدم الدهر واسناد الحوادث اليه ويقولون ان مبدأ الممكنات هو الله تع كما قيل فلا يلزم عدم اعتقاد الله تع وعدم دلالة النص ولان الدهري يعتقدون الدهر القديم هو الله تعالى فلا يلزم عدم اعتقادهم تأمل ( ولا يحلفون ) اى الكفار ( في معابدهم ) لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه لانها مجمع الشياطين لا انه ليس له حق الدخول وفي البحر وقد افتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود ( و ) يحلف ( المدعى عليه على الحاصل ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل وكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند الطرفين على السبب عند ابي يوسف كما يأتي ثم شرع في تفصيله فقال ( ففي البيع والنكاح ) يحلف ( بالله ما بينكما بيع قائم ) في الحال اذا ادعى انه اشتراه ( اونكاح قائم في الحال ) اذا ادعت المرأة فلو ادعت النكاح كان المثال على مذهبهما في الحلف واما عند الامام لا يحلف كما مر ( وفي الطلاق ) بالله ( ماهي بائن منك الآن ) اذا ادعت الطلاق البائن فلو ادعت رجعيا حلف على السبب لكنه خلاف الظاهر فانه يحلف على الحاصل في الظاهر ومن اشعر بان السبب الحاصل كالحذف في ضمن فعل العقد يتحقق في ضمن فعل آخر من الاعمال الحسية كما في القهستاني ( وفي الغصب ) بالله ( ما يجب عليك رده ) اى رد المغصوب ( وفي الوديعة ) بالله ( ماله هذا الذي ادعاه في يدك وديعة ولا شئ منه ) اى من الذي في يدك ( ولا له ذلك حق ) وفي الاختيار ويحلفه في الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض حاصل ولا كثير لاحتمال انه ادى البعض او ابرأه منه ولا يحنث في يمينه على الجميع ( لا ) يحلف ( على السبب نحو ) ان يقول في البيع ( بالله ما بعته ) لاحتمال انه باع ثم اقال ولا يحلف في النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انه نكحها ثم خالعها او ابانها ولا يحلف في الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم نكحها ولا يحلف في الغصب بالله ما غصبته لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع ولا يحلف في الوديعة بالله ما اودعك هذا لاحتمال انه اودع ثم رده او هلك في يده بغير صنعه وفي هذه

الصور لا يحلف عند الطرفين على السبب فلو حلف يتضرر المدعى عليه لانه لو حلف مثلا على نفى البيع يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب عليه تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة وهكذا فى البواقى (خلافا لابى يوسف) فان عنده يحلف على السبب فى جميع ذلك لان اليمين تستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون اليمين موافقة لدعواه والمدعى هو السبب الا عند تعريض المدعى عليه بان قال للقاضى لا تحلفنى فان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيله فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل قيل ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم كما فى الكافى وغيره (فان كان) والانسب بالواو (فى الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعى حلف على السبب اجماعا) رعاية لجانبه (كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما) اى لا يرى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله مااشتريت هذه الدار وماهى معتدة منك اذ لو حلف على الحاصل بالله لا تجب الشفعة عليك وبالله لا تجب عليك النفقة يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى لا يقال ان المدعى عليه قد يتضرر ببطلان الشفعة بتأخير الطلب لانه لابد للقاضى من الاضرار باحدهما والاولى بالضرر المدعى عليه لانه متمسك بعارض السقوط والمدعى بالاصل حيث اثبت حقه بالسبب الموجب له من الشراء فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (وكذا) يحلف على السبب اجماعا (فى سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى العتق) اى العتق الواقع فى اسلامه على مولاه وهو ينكره (فيحلف على السبب بالله مااعتقه) ليوافق اليمين الدعوى وليس فيه ضرر المدعى عليه اذ لا يتصور عوده الى الرق لانه اذا ارتد يقتل والهرب الى دار الحرب نادر الا انه رواية عن ابى يوسف وفى الاختيار ومن الافعال الحسبة ان يدعى على غيره انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه اواجرى ميزابا على سطحه اوفى داره اورمى ترابا فى ارضه اوشق فى ارضه نهرا فانه يحلف على السبب بالله مافعلت كذا لان هذه الاشياء لا ترتفع (بخلاف) العبد (الكافر والامة) فيحلف على الحاصل بالله ماهو حر وماهى حرة الآن لان الرق يتكرر على الامة بالردة واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق والسبى وعن ابى يوسف يحلف على السبب وتمامه فى الذخيرة (ومن ورث شيئا) من عين علم ذلك بعلم القاضى اواقرار المدعى اوبينة المدعى عليه (فادعاه آخر) ولا بينة للمدعى واراد تحليف الوارث (حلف على العلم) اى علم

المدعى عليه فيقال له ادعى بالله ما تعلم ان هذا العين له لا على البتات لان الوارث لا يعلم ما صنعه المورث وفيه ايماء الى انه لا يحلف وارث الدين قبل وصوله اليه خلافا للخصاف والاول المختار صدر الفقيه وقاضيخان والى انه لو لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات لتحقق سببه من كون العين في يده كما في القهستاني (وان شراء او وهبه او على البتات) اى يحلف المدعى عليه على البتات بالله ماهو بعينه والاصل فيه ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات اى انه ليس كذلك والبتات القطع والتحليف على فعل غيره على العلم اى انه لا يعلم انه كذلك الا انه اذا كان شيئا يتصل بالحالف كما اذا ادعى سرقة العبد او اباقه يحلف البائع على البتات بالله ما ابق او ما سرق في يدي وهذا تحليف على فعل الغير وانما صح لان تسليمه سليما عن العيوب واجب على البائع فالتحليف يرجع على ما ضمن البائع بنفسه فيكون على البتات واذا ادعى سبق الشراء يحلف خصمه على العلم اى انه لا يعلم انه اشتراه قبله كما في المنح وغيره (ولو افتدى المنكر عنه او صالح منها) اى عن اليمين (على شيء صح) الافتداء والصلح ان رضى به الخصم لان عثمان رضى الله عنه اعطى شيئا لمن ادعى عليه اربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف اذ لو حلف لوقع على القيل والقال اذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فاذا افتدى صان عرضه لقوله عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم يعنى ادفعوا وامنعوا (ولا يحلف بعده) اى ليس المدعى ان يحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه باخذ البدل منه وفيه اشعار بانه لا يجوز ان يدع اليمين لانها للمنكر فلا فائدة ان يستحلفه بعد ذلك وفي السور ولو اسقطه اى اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لا يصح وله ان يحلف

---

( باب التحالف )

---

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين اذ الاثنين بعد الواحد (ولو اختلفا) اى المتبايعان (في قدر الثمن) بان قال المشترى اشتريت بالف وقال البائع بعت بالفين مثلا (او في) قدر (المبيع) بان قال البائع بعت عبدا وقال المشترى عبدين وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن او في الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان اشمل (او فيهما) اى في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع بعت عبدا بالفين وقال المشترى لا بل بعت عبدين بالف (حكم لمن برهن) اى يحكم القاضي لمن اقام البينة منهما لان الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها مجرد الدعوى

(وان برهنا) اى اقام كل منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت الزيادة) اى يحكم لمثبت الزيادة لانه خالص عن المعارض اما اذا كان الاختلاف فى احدهما فظاهر واما فيهما فحجة البايع فى الثمن الاكثر وحجة المشترى فى المبيع الاكثر اولى فيحكم بمبيعين للمشترى وبالفين للبايع (وان عجزا) اى البايع والمشترى (عن) اقامة (البرهان قيل لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا وجه فى طريق قطع المنازعة فيجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ (فان لم يرض) والانسب بالواو (احدهما بدعوى الآخر تحالفا) اى استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان قال قبل القبض فهو قياسى لان كلا منهما منكر واما بعده فاستحسانى فقط لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم بقى دعوى البايع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فيكتفى بحلفه لكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا كما فى البحر وغيره لكن ما فى القهستانى نقلا عن المضمرات من ان التحالف يصح قبل قبض المبيع وهذا استحسان فان المشترى ينكر وجوب تسليمه والقياس ان يصح لانه ملك المبيع ولا يصح بعد قبضه قياسا واستحسانا مخالف لما فى البحر وغيره تدبر وانما قال المص فان لم يرض احدهما ولم يقل وان لم يرضيا كما فى الكنز وغيره لان شرط التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما كما لا يخفى كما فى البحر وغيره فعلى هذا ما قاله صاحب الفرائد من انه كان المناسب وان لم يرضيا الى آخره ليس بوارد تدبر (وبدئ) اى يبدأ القاضى (بيمين المشترى) فى الصور الثلث لو بيع عين بدين هذا قول محمد وزفر وابى يوسف آخرا وهو رواية عن الامام وهو الصحيح لانه اقواهما انكارا لانه المطالب بالثمن فيكون هو البادى بالانكار وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وهو قول الشافعى فى الاصح وقيل يقرع بينهما هذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن فالقاضى مخير للاستواء وعن هذا قال (وفى المقايضة) اى فى بيع العين بالعين يبدأ القاضى (بايهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان وضعت للنفى كالبينات للاثبات (ومن نكل) من البايع والمشترى (لزمه دعوى صاحبه) بالقضاء لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة فتوقف على القضاء ليكون حجة ملزمة (وان حلفا) اى المتبايعان (فسخ القاضى البيع بطلب احدهما) او كليهما فلا ينفسخ البيع بنفس التحالف

وقيل ينفسخ والاول هو الصحيح لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ في فاسد البيع فلو كان المبيع جارية وطئها ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له وقيد بطلب احدهما لانه لايفسخه بدون طلب احدهما وا وفسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وان فسخ احدهما لايكفي كما في البحر ( ولا تحالف لو اختلفا في الاجل ) سواء كان في الاجل او في قدره خلافا لزفر والشافعي ( او ) اختلفا ( في شرط الخيار ) سواء كان في وجوده بان قال احدهما البيع بالخيار والآخر ينكره او في مدته ( او قبض بعض الثمن اوكله ) اى لا تحالف عند اختلافهما بان قال المشتري اديت بعضه اوكله والبائع ينكره ( وحلف المنكر ) في الصور الثلث لان هذا اختلاف في اداء الثمن لا في الثمن كما لو وقع الاختلاف في اداء جميع الثمن احلف المنكر فحسب بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ( ولا ) تحالف لو اختلفا في قدر الثمن ( بعد هلاك ) كل ( المبيع ) في يد المشتري لانه لو هلك في يد البائع تحالفا على القائم عندهم ( وحلف المشتري ) عند الشيخين على الصحيح هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن وهذا اذا هلك بعد القبض وان هلك قبله وكان الثمن مقبوضا يتحالفان اتفاقا ( وعند محمد ) والشافعي ( يتحالفان ويفسخ ) العقد ( وتلزم القيمة ) اى قيمة الهالك يوم القبض لان كلا منهما يدعي حقا ينكره الآخر فيتحالفان واتهما ان التحالف بعد قبض المبيع بخلاف القياس ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة وفي القهستاني نقلا عن المبسوط وهلاكه شامل لخروجه عن ملك المشتري اوزيادته زيادة متصلة متولدة اوغير متولدة اومنفصلة متولدة فانه لايتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ على العين في المتصلة المتولدة من الاصل كالسمن وعلى العين او القيمة في متصلة غير متولدة منه كالصبغ وعلى القيمة في المنفصلة المتولدة كالثمر واما في منفصلة غير متولدة منه كالكسب فيتحالفان ويفسخ على العين بالاجماع ( وكذا الخلاف او تعذر الرد وهو ) اى المبيع ( قائم ) يعني او تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال لايقدر على رده مع العيب ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عندهما بل القول للمشتري وعند محمد والشافعي يتحالفان فيفسخ البيع على قيمة الهالك وكذا

او خرج المبيع عن ملكه (ولا تحالف بعد هلاك بعضه) اى بعض المبيع بعد قبض الجميع عند الامام كعبدين مات احدهما قبل نقد الثمن عند المشترى فقال البائع الثمن الف وقال المشترى بل خمسمائة لان التحالف بعد القبض مشروط بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد الشرط بل يحلف المشترى لانكاره زيادة الثمن (الا ان رضى البائع بترك حصة الهالك اى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا ويجعله كان لم يكن والعقد كانه على القائم فقط فيكون الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان وهو قول عامة المشايخ فالاستثناء ينصرف الى قوله لا تحالف كما هو الظاهر وهو الموافق لما فى المبسوط وفى الجامع الصغير اذا اختلف بعد هلاك احدهما لم يتحالفا والقول للمشترى مع يمينه عند الامام الا ان يشاء البائع ان يأخذ حصة الحى ولا شئ له قال ابو المكارم ومعنى لا شئ له على قول هؤلاء المشايخ ان لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا على ما صرح به فى الكافى وكان غرضهم من هذا التفسير صرف الاستثناء الى قوله لم يتحالفا كما هو مختارهم وفيه تأمل وعلى قول غيرهم من المشايخ انه لا يأخذ البائع من الزيادة المتنازع فيها وانما يأخذ عن الهالك بقدر ما اقر به المشترى فالاستثناء ينصرف الى قوله مع يمينه فانه اذا اخذ ما اقر به المشترى واخذ الحى فقد صدق المشترى وارتفع الخصومة فلا يحلف المشترى ولا يخفى ان الاستثناء المذكور فى المتن لا يصلح لهذا التفسير اذ لم يذكر فيه اخذ البائع الحى وفى تقديره تعسف (وعندهما يتحالفان ويرد الباقى) ان حلفا لكن اختلفوا فى تفسير التحالف عند ابى يوسف قيل يتحالفان على القائم لا الهالك لان العقد ورد فيه لا فى الثانى وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع يكون صادقا فيه لان من اشترى شيئين بالف اذا حلف انه ما اشترى احدهما كان صادقا وكذا البائع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى يكون صادقا فيه فلا يفيد التحالف بل الوجه ان يحلف على القائم والهالك ويقول اولا بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيهما المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن وتلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى على القائم والهالك لانهما انما يجب عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ فى الهالك عنده فيقسم الثمن الذى اقر به المشترى عليهما على قدر قيمتهما يوم القبض وعند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ فيهما ويرد القائم مع قيمة الهالك يوم القبض لان هلاك الكل لا يمنع

الهالك حتى يرده على ما مر وهلاك البعض اولى (والقول للمشترى) مع يمينه
اذا اختلفا (في حصة الهالك عند ابى يوسف وتلزم قيمته) اى الهالك
(عند محمد) لما مر (ويعتبر قيمتهما) اى قيمة القائم والهالك (في الانقسام)
اى انقسام الثمن عليهما (يوم القبض) فان استويا يلزمه نصف الثمن
الذى اقر به المشترى وان اختلفت القيمتان يوم القبض تسقط عنه حصة القائم
بقدر قيمته ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته (وان اختلفا في قيمة الهالك يومه)
فقال المشترى قيمته يوم القبض خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البائع على
عكسه (فالقول للبائع) مع يمينه لان البائع بدعواه ينفي ما كان واجبا
والمشترى بدعواه يسقط ما كان واجبا وكان البائع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار
قوله (وان برهنا) على قيمة الهالك (فبرهانه) اى برهان البائع (اولى)
لانها اكثر اثباتا ظاهرا لانها تثبت الزيادة في قيمة الهالك (وان اختلفا) اى
العاقدان (في قدر الثمن بعد اقالة البيع) فقال المشترى كان الثمن الفا وقال
البائع خمسمائة ولا بينة لهما (تحالفا وعاد البيع) الاول حتى يكون حق البائع
في الثمن وحق المشترى في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا يجب على كل واحد منهما
ان يرد على صاحبه شيئا (ان لم يقبض البائع المبيع) قيل ينبغى ان لا تحالف فيما
في اقالة البيع لان التحالف ثبت بالبيع المطلق بالحديث والاقالة فسخ في حق
العاقدين فلم يتناوله النص واجيب ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا
لان كل واحد مدع ومنكر على ما مر فصار التحالف معقولا فوجب القياس على
المنصوص عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد
والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشترى ولا كذلك بعد القبض
فانه على خلاف القياس وعلى هذا قال (وان قبضه) اى قبض البائع المبيع بعد
الاقالة ثم اختلفا (فلا تحالف) عند الشيخين ويكون القول للمنكر (خلافا
لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا (ولو) اختلفا (في قدر
رأس المال بعد اقالة السلم) لا تحالف (فالقول) مع يمينه للمسلم اليه
اى في قدر رأس المال لانكاره الزيادة اعتبارا بسائر الدعاوى (ولا يعود السلم)
لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود بخلاف البيع
(ولو اختلفا) اى المؤجر والمستأجر (في قدر الاجرة) بان قال المستأجر درهم
وقال المؤجر درهمان (او المنفعة) بان قال المؤجر مدة الاجارة شهر وقال
المستأجر شهران (او فيهما) اى في قدر الاجرة والمنفعة معا بان قال المؤجر آجرتك
الدار شهرا بدرهمين وقال المستأجر استأجرتها شهرين بدرهم (قبل استيفاء
المنفعة تحالفا وترادا) اذ الاجارة مقيسة على البيع لان العين المستأجرة في الاجارة

قائمة مقام المنفعة فى ايراد العقد وكذا الامر فى فسخها فالمعقود عليه قبل استيفاء المنفعة يكون قائما تقديرا (و بدأ بيمين المستأجر ان اختلفا فى الاجرة) لكونه منكرا وجوب ما يدعيه الموجر من الزيادة (و) بدأ (بيمين الموجر او اختلفا (فى المنفعة) لكونه منكرا وجوب زيادة المنفعة وفيه اشعار بانه يحلف اولا من يدعى اولا ان اختلفا فيهما وان ادعيا معا يحلف من شاء وان شاء اقرع بينهما كما فى البيع (وايهما نكل لزمه دعوى الآخر) كما هو مقتضى النكول (وايهما برهن قبل) برهانه (وان برهنا فحجة المستأجر) اولى لو اختلفا (فى المنفعة وحجة الموجر) اولى لو اختلفا (فى الاجرة) نظرا الى اثبات الزيادة وتقبل حجة كل واحد منهما فى فضل يدعيه لو اختلفا فى الاجرة والمنفعة معا بان ادعى الموجر ان مدتها شهر بعشرة والمستأجر ان مدتها شهران بخمسة فيقضى بعشرة للموجر وشهرين للمستأجر (و) لو اختلفا (بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان) اتفاقا (والقول للمستأجر) مع يمينه لانكاره الزيادة هذا عند الشيخين ظاهر لان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس فلا يقاس الاجارة هنا عليه اذ هلاك المعقود عليه بالاستيفاء يمنع التحالف على اصلهما بخلاف ما فى صورة المقيس حيث وجد المعقود عليه وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين ان لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (و) لو اختلفا (بعد استيفاء البعض) اى بعض المنفعة (يتحالفان) فيما بقى اعتبارا للبعض بالكل (وتفسخ) الاجارة (فيما بقى) من المنافع لامكان الفسخ وهذا لا ينافى ما مر ان هلاك بعض المعقود عليه يمنع التحالف عند الامام الا ان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حدوث المنفعة فكان كل جزء من المنفعة بمنزلة معقود عليه فيما بقى من المنفعة كمعقود عليه غير مقبوض فيتحالفان فى حقه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لانه بجميع اجزائه معقود بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (والقول للمستأجر) مع اليمين (فيما مضى) لانه منكر بما يدعيه الموجر من زيادة الاجرة (وان اختلفا) اى المولى والمكاتب (فى قدر بدل الكتابة) بعدما اتفقا على عقد الكتابة (لا يتحالفان) عند الامام لان التحالف فى المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب لان له ان يرفعه عن نفسه بالعجز فلم تكن فى معنى البيع (والقول للعبد) مع يمينه لانكاره الزيادة وان اقام احدهما بينة قبلت وان اقاماها فبينة المولى اولى لاثباتها الزيادة

لكن يصدق باداء قدر ما رهن عليه ولا يمنع وجوب بدل الكتابة بعد عقد كما او كاتب على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكالوا تحقق الدل بعد الاداء كما في البحر ( وبالا ) وهو قول الائمة الثلاثة ( بحاصان وتفسخ ) الكتابة لاختلافهما في بدل عقد يقبل الفسخ فكان كعرائه البيع ( وان اختلف الزوجان في متاع ) اهل ( البيت ) والمراد بالمتاع هنا ما يتمتع به من نفسه او يحصل منه كالثمار ونحوه وادعى كل انه له ولا بينة لاحد ( فالقول لها ) اي للزوجة بلا خلاف مع اليمين ( فيما صلح لها ) اي ما يختص بالنساء عادة كالدرع والاسورة والخمار والملاءة والخلخال والحلي ونحوها لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الزوج ممن يبيع ما يتعلق بالنساء فالقول له لتعارض الظاهرين ( وله ) اي القول للزوج مع اليمين ( فيما صلح له ) كالعمامة والقلنسوة والقباء والسلاح والكتب ونحوها لان الظاهر شاهد له الا اذا كانت الزوجة صانعة او بايعة ما يصلح له فلا يقبل قوله وفي الخانية اواحداها في متاع النساء واقاما البينة يقضى للزوج ( او ) فيما صلح ( لهما ) اي القول للزوج فيما اختص بهما كالمنزل والفرش والرقيق والاواني والعقار والمواشي والنقود لان الزوجة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها فان الاختصاص اقوى من اليد وفي البحر ومنه علم ان البيت للزوج الا ان يكون لها بينة وفي الخانية ولو اقاما البينة يقضى بينهما لانها خارجة معنى اطلاق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والمملوكين والمكاتبين كما سيأتي والصغيرين اذا كان الصغير يجامع وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة وما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما خاصة لان العبرة لليد لا للملك وفي العتبية اذا افترقا وفي بيتها جارية نقلها معها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاه فالقول له لان يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل انتهى ومنه علم ان سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه كما في البحر وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه في متاع النساء فهو بينهن على السواء ان كن في بيت واحد وان كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشترك بعضهن مع بعض كما في خزانة الاكمل هذا اذا كانا حيين ( وان مات احدهما ) اي احد الزوجين ثم اختلف وارثه مع الحي فالجواب في غير المشكل على ما مر ( والقول في المشكل ) اي فيما يصلح لهما ( للحي ) مع اليمين ايهما كان لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض وهذا عند الامام ( وعند ابي يوسف كذلك ) اي القول للزوج فيما يصلح لهما ( في الزائد على جهاز مثلها وفي جهاز مثلها لها ) اي القول

للزوجة اذا كانت حية (اولورثتها) بعد موتها اى يدفع فى المشكل الى الزوجة اوالى وارثها ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه اولوارثه عنده لان الظاهر ان الزوجة تأتى بالجهاز وهذا اقوى من ظاهر يد الزوج ولذا يأخذ الباقى لعدم المعارض لظاهره والحيوة والموت فى المشكل عنده سواء (وعند محمد للرجل اولوارثه) اى ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ومايكون لهما فهو للرجل ان كان حيا اولوارثه ان كان ميتا لقيام الورثة مقام المورث واما اختلافهما فى غير متاع البيت وكان فى يديهما فانهما كالاجنبيين قسم بينهما وفى القهستانى وعن زفر والشافعى ان المشكل بينهما وعنهما ان المتاع كله كذلك واليه ذهب مالك وقال ابن ابى ليلى ان المشكل للزوج حيا ولورثته ميتا وقال ابن شبرمة ان المتاع كله للمرأة الا ما على المرأة من الثياب وقال حسن البصرى ان المتاع لصاحب البيت الا ما على الرجل من الثياب فهذه متمة كتاب الدعوى اومسبعته انتهى واعلم ان الاب اوادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية لها والزوج انها كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا استمر العرف بدفع الجهاز ملكا لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها ولو اختلف الاب وابنه فيما فى البيت قال ابو يوسف اذا كان الاب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الاب وعياله فمتاع البيت للاب ولو اختلف الموجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول قول المستأجر مع يمينه وليس للموجر الا ما عليه من ثياب بدنه ولو اختلف اسكافى وعطار فى آلات الاساكفة وآلات العطارين وهى فى ايديهما قضى بينهما نصفين ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما (وان كان احدهما) اى احد الزوجين (مملوكا) سواء كان مأذونا او مكاتبا او محجورا (فالكل) اى كل المتاع (للحر فى) حال (الحيوة) لان يد الحر اقوى (وللحى) منهما (فى الموت) اى موت احدهما لان يد الحى خالية عن المعارض كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا لكن اختار صاحب الهداية قول العامة فاقتفى اصحاب المتون اثره هذا عند الامام (وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات حتى لو اختصما فى شئ هو فى ايديهما يقضى بينهما بخلاف ما كان عبدا محجورا حيث يقضى للحر لا للعبد وقوله الكل مشير الى ان الخلاف فيما اذا اختلفا فى مطلق المتاع على ما ذكر فخر الاسلام كما فى المصفى لكن فى الحقايق ان الخلاف فيما اختلفا فى الامتعة المشكلة كما فى القهستانى وفى التنوير اعتقت الامة واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعد العتق قبل ان تختار نفسها فهو على ما وصفنا فى الطلاق رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب

الدار فهو المعروف بالنسار وكذا لو ترى منزل الرجل وعلى بابه قصبة يقول هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل وفلان في سفينة فيها دقيق فادعى واحد السفينة وما فيها واحدهما يعرف بيع الدقيق والآخر يعرف انه ملاح فالدقيق للذي يعرف بدقيقه والسفينة لمن يعرف انه ملاح وتمامه في مفتاح المطالع

( فصل )

في بيان احكام دفع الدعاوى ( قال ذو اليد ) في جواب من ادعى شيئا في يده ( ان هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه او رهنه او غصبته منه ) اي من فلان الغائب ( وبرهن على ذلك ) المذكور ( اندفعت خصومة المدعي ) لانه اثبت امرين احدهما الملك للغائب وهو غير مقبول شرعا والآخر دفع خصومة المدعي وهذا مقبول وقال ابن شبرمة لا تندفع خصومة المدعي لان البينة تثبت الملك للغائب ولا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بلا رضاه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة بلا بينة لانه لا تهمة فاقر به على نفسه فبينة ان بينة لاجل خصومة ( وقال ابو يوسف ان عرف بالحيل ) جمع حيلة ( لا تندفع الخصومة وبه يؤخذ ) واختاره في المختار ان المدعى عليه ان كان صالحا فكما قال الامام وان كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه لانه قد اخذ مال الغير غصبا ثم دفع سرا الى من يريد ان يغيب ويقول له اودعه ذي بحضرة الشهود قصدا لابطال حق الغير فلا تقبل بينته لهذه التهمة ( وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع ) الخصومة بالاجماع لاحتمال ان يكون المدعي من اودعه ( بخلاف قولهم ) اي قول الشهود ( نعرفه ) اي المودع ( بوجهه ) اوراه ( لا باسمه ونسبه فتندفع ) الخصومة ( عند الامام لان الغائب لا يشترط العلم باسمه ونسبه وانما المقصود على المدعي بالدفع عن ذي اليد وهما معلومان وهو ثبت بينة انه ليس بخصم لهذا المدعي ( خلافا لمحمد ) فانه قال لا تندفع الخصومة معروفا كان بالحيلة او لا وانما تندفع اذا عرف الشهود ذلك الرجل باسمه ونسبه لان الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده ولا تندفع الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه والمعروف بالوجه لا يكون معروفا فصار هذا بمنزلة قول الشهود لا نعرفه اصلا وفي البزازية وتعويل الائمة على قول محمد وهذه المسئلة تسمى مخمسة كتاب الدعوى لاشتمالها على قول الامام وابي يوسف ومحمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة كما مرّ او لان صورها خمس وديعة واجارة واعارة ورهن وغصب كما في اكثر الكتب لكن في المنح هذا اذا ادعى المدعي ملكا مطلقا في العين كما افاده بعدم تقييده وبدل

عليه ما سيأتي من المسائل المقابلة لهذه ومن المعلوم ان فرض هذه المسئلة بعد اقامة المدعي البرهان لما تقرر في كلامهم من ان الخارج هو الطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى الدفع قبله وحاصله ان المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه انكره وطلب من المدعي البرهان فاقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر و برهن على الدفع وفي البحر وكذا الحكم لو قال وكلني صاحبه بحفظه كما في المبسوط وكذا الحكم لو قال اسكنني فيها فلان الغائب وكذا الحكم لو قال سرقته منه او اخذته منه او ضل منه فوجدته كما في الخلاصة فالصور عشر و به علم ان الصور لم تنحصر في الخمس فالاولى ان يفسر المخمسة بالاقوال (واو قال) ذواليد (شريته منه) ى من فلان الغائب (لاتندفع) الخصومة لكون يده يد خصومة لاعترافه بسبب الملك وهو الشراء (وكذا) لاتندفع الخصومة (او قال المدعي سرقته) بتاء الخطاب (او غصبته مني) فقال ذواليد اودعنيه فلان الغائب (وان) وصلية (برهن ذواليد على ايداع الغائب) لان المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على الغير لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف الملك المطلق (وكذا) لا تندفع (ان قال) المدعي (سرق مني) على البناء للمفعول عند الشيخين استحسانا (خلافا لمحمد) وهو القياس لانه لم يدع الفعل على ذي اليد بل على مجهول فصار كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه ذواليد الا انه لم يعينه درأ للحد عنه فصار كانه قال له سرقته مني بخلاف الغصب فانه لاحد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه والمقضى على ذي اليد فقط وفي التنوير قال في مجلس الحكم انه ملكي ثم قال في مجلسه انه وديعة عندي من فلان تندفع من البرهان على ماذكر ولو برهن المدعي على مقالته الاولى يجعله خصما ويحكم عليه لسبق اقراره ويمنع من الدفع (ولو قال المدعي ابتعته من زيد وقال ذواليد اودعنيه هو) اى زيد (اندفعت الخصومة) (بلا حجة) لانهما اعترفا على ان الملك في الاصل لغيرهما فيكون وصوله الى صاحب اليد من جهة زيد البائع فلا تكون يده يد خصومة (الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه) فح لا تندفع وتصح دعواه لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها ولو صدقه ذواليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهي عجيبة وفي البحر

قد يتأتى اليد من اهل الاحرار عما اذا قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك انه دفع الابينة لاهلم ثبت انى اليدمن اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولانه من جهة وكالة لانكار المدعى وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الموكل دفعها الى ذى اليد وتقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي في البزازية ادعى انه غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت الخصومة لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب في الاستحسان انتهى

## ( باب دعوى الرجلين )

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه والواحد قبل ما زاد ( لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق ) وهو ان يقول في دعواه ان هذا ملكي ولم يبين سبب ملكه ( وبينة الخارج فيه ) اى في المطلق ( احق ) بالاعتبار وبه قال احمد وقال الشافعي ومالك بينة ذى اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا ملك له على المدعى بوجه وذو اليد له ملك عليه باليد فترجحت بينة الخارج بكثرة ثبوتها الا اذا ادعى ذو اليد مع الملك فعلا كالعتق والتدبير والاستيلاد فبينة ذي اليد اولى بخلاف الكتابة كما سيأتي قيد بالمطلق لاستوائهما في المقيد بالسبب وهذا ان وقتا اولم يوقتا باتفاق ( برهنا ) اى الخارجان ( على ما في يد آخر ) اى او برهن خارجان على عين في يد ثالث منكر بعد ادعاء كل منهما ملكا مطلقا فاقاما البينة ( قضى به ) اى بهذا الشيء ( لهما ) بطريق الاشتراك عندنا لقبول الشركة على المناصفة لان النبي عليه السلام قضى بناقة بينهما بنصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولم يأمر عليه السلام بالقرعة لان استعمال القرعة في وقت كان اعتباره فيه مباحا ثم انتسخ بحرمة القمار اذ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق بخروج القرعة بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار خلافا للشافعي واحمد كما سيأتي ( ولو ) برهنا ( على نكاح امرأة سقطا ) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك واذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح واذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر وهذا مقيد بما اذا كان المدعيان حيين والمرأة اما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يورخا او ارخا واستوى تاريخهما فانه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف

المهر و يرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد يثبت النسب منهما و يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث اب واحد كما في المنح (وهي) اي المرأة (لمن صدقته) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين هذا لم تكن المرأة المتنازع فيها في يد من كذبته ولم يكن دخل من كذبته بها واما اذا كانت في يد الآخر اودخل بها فلا اعتبار بالتصديق لانه دليل على سبق عقده كما في المنح (فان ارخا) اي المدعيان لنكاحها وكان تاريخ احدهما سابقا (فالسابق احق بها) من الآخر لانه لا معارض في هذا الزمان فيكون القضاء للسابق اذ عقد اللاحق وبرهانه باطل ولا يعتبر ما ذكر من كونها في يده او دخل بها ولو ارخ احدهما فقط فانها لمن اقرت له كما لو ارخ احدهما والآخر يد فانها لذى اليد كما في البزازية (وان اقرت) المرأة بالزوجية (لاحدهما قبل البرهان فهي) اي المرأة (له) لتصادقهما عليه (فان برهن الآخر) اي الذي لم تقر له (بعد ذلك) اي بعد الاقرار للاول (قضى له) اي للمبرهن لقوة البرهان فان برهنا بعد الاقرار فالسابق اولى (وان برهن احدهما) على نكاحها (فقضى له) بالنكاح (ثم برهن الآخر) على انه نكحها (لا يقبل) برهانه اذ لا ينقض شئ بمثله وههنا صار الاول اقوى لاتصال القضاء به (الا) وقت (ان اثبت) ذلك الآخر بالبينة (سبقه) اي سبق نكاحه اياها على نكاح الاول فح يقضى له لتيقن الخطاء في الاول (وكذا لا يقبل برهان خارج على) زوج (ذى يد) على امرأة (نكاحه ظاهر) بنقلها الى بيته اوبالدخول معه (الا ان اثبت) الخارج (سبقه) اي سبق نكاحه على نكاح ذى اليد بالبينة فانه يقضى له لما مر (وان برهنا) اي الخارجان (على شراء شئ من آخر) اي من ذى يد بلا تاريخ (فلكل نصفه) اي لكل واحد منهما نصف ذلك الشئ (بنصف ثمنه) اي ثمن ذلك الشئ ان شاء ورجع به على البائع بنصف ثمنه (او تركه) اي ترك النصف ان شاء لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضى ان يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله فيتخير كل منهما لتغير شرط عقده عليه فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وعند الشافعي في قول واحد يقرع وفي قول آخر تهاترت البينتان ويرجع الى تصديق البائع لان احديهما كاذبة بيقين قلنا ان المحل الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لزيد على الكمال ومملوكا لعمرو على الكمال لان المشهود في الحقيقة هو السبب لانه المحسوس المحاط للشهود وكل واحد من الفريقين هناك صادق بان يعاين السبب من الرجلين ولا يعلمان سبق احدهما (او يترك احدهما) نصفه (بعد ما قضى لهما لا يأخذ) المدعى (الآخر كله) لان بالقضاء

ضع ... في حق كل في النصف وقوله بعد القضاء لانه قبل القضاء به باحدهما لانه الثبات وهنا الشراء الكل لاحدهما فافترقا ( ومن كان لاحدهما يد او تاريخ فهو ) اي صاحب اليد او التاريخ ( اولى ) لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اذ قبض القابض وشراء غيره حادث فيحمل حدوثه الى اقرب الازمان وهو الحال مع ان قبض الشيء متأخر عن شرائه فصار شراؤه قديم تاريخا من شراء غير القابض وبالتاريخ اثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وقال صاحب البحر ولي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان اصل المسألة مفروضة في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد فرع مع خارج فلم يكن المسئلة ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع الا انه يشكل ما ذكره بعده من الحجة بان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى والحق انها مسئلة اخرى وكانت دعوى افرادها منهي ( وان وقتا فالسابق اولى وان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى ) لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع به ثم لا يقضى بعده لغيره الا ذاتلقى الملك منه ( والشراء احق من هبة ) مع قبض ( وصدقة مع قبض ) اي اذا برهن خارجان على ذي يد احدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء اولى من الهبة والصدقة لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة والصدقة يتوقف على القبض هذا ان لم يؤرخا فلو ارخا واتحد الملك فالاسبق تاريخا منهم احق بخلاف ما اذا اختلف الملك فانهما سواء في صورة التاريخ وعدمه لان كلا منهما خصم عن مملكه في اثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما اذا اتحد لاحتياجهما الى اثبات السبب فيقدم الاقوى وان ارخت احديهما فقط فالمؤرخ اولى قيد بكونهما خارجين لاحترازه عما اذا كانت في يد احدهما والمسئلة بحالها فقضى للخارج الا في اسبق التاريخ فهو للاسبق وان ارخت احديهما فقط فلا ترجيح لها وان كانت في ايديهما يقضى بينهما الا في اسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق كما في البحر ( والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة ) كالعبد والدابة ( سواء ) بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما في كونهما تبرعا واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض لان الشيوع طارئ فيقضى بينهما نصفين وعند البعض لا يصح لانه هبة المشاع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح كما في الهداية وفي البحر وحاصله ان الصدقة اولى من الهبة فيما يحتمل القسمة وهذا

عند عدم التاريخ والقبض واما اذا ارخا قدم الاسبق وان لم يورخا ومع احدهما قبض كان اولى وكذا ان ارخ احدهما فقط وفي الخلاصة ولو كان كلاهما هبة او صدقة او احدهما هبة والآخر صدقة فالم يذكر الشهود القبض لا يصح وان ذكروا القبض ولم يورخوا او ارخوا تاريخا واحدا فهو بينهما اذا كان لا يحتمل القسمة وان كان يحتملها فلا يقضى لهما بشئ عند الامام وعندهما يقضى بينهما نصفين ولو كان في يد احدهما يقضى له بالاجماع ( وكذا الشراء والمهر عند ابي يوسف ) اي ادعى شخص ان هذا الشئ اشتريته من زيد وادعت امرأة ان زيدا تزوجها على هذا الشئ فاقاما البينة ولم يذكرا تاريخا او ذكرا واستوى تاريخهما يقضى لكل واحد منهما بالنصف لان الشراء والمهر سواء في اثبات الملك ثم المرأة نصف القيمة على الزوج و المشترى نصف الثمن المنقود على البائع وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ( وعند محمد الشراء اولى ) فيقضى لصاحب الشراء ( وعلى الزوج القيمة ) اي قيمة المبيع للمرأة لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهو ممكن بان يجعل الشراء سابقا اذ لو تزوج على ملك الغير صحت التسمية فتجب القيمة عند تعذر تسليم العين قيد بالشراء لانه لو اجتمع نكاح وهبة او رهن او صدقة فالنكاح اولى وفي المنح اعتراض عن طرف صاحب الفصولين وجواب عن طرف صاحب البحر فليطالع ( والرهن مع القبض اولى من الهبة ) بلا عوض ( معه ) اي مع القبض يعني لو ادعى احدهما رهنا مقبوضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة ولم يورخا فدعي الرهن اولى استحسانا والقياس ان الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وجه الاستحسان المقبوض بحكم الرهن مضمون و بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى ( فان كانت ) اي الهبة ( بشرط العوض فهي ) اي الهبة ( اولى ) من الرهن لكونها في معنى البيع انتهاء فيكون عقدها عقد ضمان يثبت الملك معنى وصورة بخلاف الرهن فانه لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة هذا اذا كانت العين في يد ثالث اذ لو كانت في ايديهما يقضى بها بينهما نصفين الا ان يورخا وتاريخ احدهما اسبق فيقضى له ( وان برهن خارجان على ملك مورخ ) هذه المسئلة قد ذكرت واعادتها هاهنا لاجل ذكر التاريخ ( او شراء مورخ عن واحد ) متعلق بشراء ( غير ذي اليد ) احترز بهذا عما برهنا على ما في يد آخر كما مر تفصيلها ( فالسابق اولى ) لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد الا اذا تلقى الملك منه وهذا القول متفق عليه على تخريج الكرخي وقول الامام على تخريج صاحب الامالي وقول ابي يوسف آخرا ومحمد اولا وفي قوله الاخر

وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما كما في الغاية (وان رهن احدهما على الشراء من زيد و) رهن (الآخر عليه) اي على الشراء (من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء) حتى يكون المبيع بينهما نصفين لان كل واحد منهما اثبت الملك لبائعه وذلك بانه مقابل لا تاريخ فصار كما اذا حضر البائع فادعى الملك لمطلق فكون بين الخارجين لاستواء تاريخهما (وكذا لو وقت احدهما فقط) لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على الملك لا يتلقى الامن جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وفي البحر ان البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا انه اشتراها من فلان وهو يملكها وتمامه فيه فليطالع (ولو برهن خارج على الشراء من شخص و) برهن خارج (آخر على الهبة والقبض من غيره و) برهن خارج (آخر على الارث من ابيه و) برهن خارج (آخر على الصدقة والقبض من رابع قضي بينهم ارباعا) سواء كان معهم او مع بعضهم تاريخ او لم يكن لانهم يثبتون الملك لملكهم وذلك تاريخ فيه ولا تقدم الاقوى كما في التبيين (ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وذو اليد على ملك اقدم منه) اي من الخارج (فهو) اي ذو اليد (اولى) عند الشيخين (خلافا لمحمد في رواية) وفي رواية عنه على ما قاله الامام رحمه الله فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة فيه تثبت اولية الملك فيستوي فيها القديم والآخر فصار كما اذا قامتا على الملك المطلق ولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك فيه سبق تاريخ ذي اليد لانه لو لم يكن لهما تاريخ او استوى تاريخهما او ارخت احدهما فقط كان الخارج اولى (وكذا الخلاف لو كان اليد لهما) واقاما البينة فصاحب الوقت الاول اولى في قول الشيخين وفي قول محمد لا يعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما (ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج اولى) عند الطرفين (وعند ابي يوسف) وهو رواية عن الامام (ذو الوقت اولى) لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته (ولو كان المدعى في ايديهما او في يد ثالث والمسئلة بحالها) اي ادعى ذو اليد او الخارج واقاما البينة وارخت احدى البينتين (فهما سواء) عند الامام (وعند ابي يوسف الذي وقت اولى وعند محمد

الذي اطلق اولى ) وعلل صاحب الهداية بان دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن وللامام ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كانهما اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشرى لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ انتهى لكن صوره في المسئلة الثانية وهي قوله واوفى به ثالث واما في المسئلة الاولى وهي قوله واوفى ايديهما فذكر ان يكون نظير قوله ولواقام الخارج وذواليد على ملك مطلق الى آخره فقال في عقبه فعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما انتهى قال صاحب الايضاح وغيره في تفسيره بان اقام احدهما على ملك مورخ والاخر على مطلق الملك سقط التاريخ عندهما وعنده صاحب الوقت اولى انتهى فبهذا التقرير ظهر مخالفة المص لما في الهداية تدبر (وان برهن خارج وذويد على النتاج ) اى اقام كل منهما بينة ( فذواليد اولى ) لان بينتهما قامتا على مالايدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولاعبرة للتاريخ لان اولية الملك يستوعب كل تاريخ فلايفيد ذكره من احدهما او منهما اتحد التاريخان او اختلفا مالم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى وبه قال ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك في ذى اليد لا على وجه القضاء وجه الاستحسان ماروى انه عليه السلام قضى لذى اليد بناقة بعد مااقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذواليد البينة انها ناقته نتجها ولان اليد لاتدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع ( وكذا لو برهن كل على تلقى الملك من آخر وعلى النتاج عنده ) اى لوتلقى كل واحد من الخارج وذى اليد الملك من رجل فكان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا كما في العناية ( ولو برهن احدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فهو ) اى صاحب النتاج ( اولى ) ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك صريحا فلايثبت للآخر الا بالتلقي منه والآخر لم يتلق منه واوليته تثبت دلالة ولاعبرة بها مع الصريح ( وكذا لو كانا خارجين ) فبرهن احدهما على الملك المطلق والاخر على النتاج فبينة النتاج اولى لما بينا ( ولو قضى بالنتاج لذى اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له ) اى للثالث ( الا ان يعيد ذواليد برهانه ) لان بينة ذى اليد ماقامت على هذا

المدعى وانما قامت على الاول فانتصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية ( كما لو برهن المقضى عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض القضاء ) اي لو ادعى ذواليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضى على ذي اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضى عليه لو اقام البينة على النتاج تقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة النص فى دلالته على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا يقبل برهانه لصيرورته مقضيا عليه بالملك كما فى العناية وفى البحر اطلق فشمل ما اذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذواليد يقضى له ويبطل القضاء الاول ولو ادعى ذواليد نتاجا ايضا ولم يبرهنا حتى حكم به للمدعى بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينتقض الحكم ثم علم ان المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده الا اذا برهن على ابطال القضاء او على تلقي الملك من المقضى له او على النتاج انتهى ( وكل سبب لا يتكرر ) اى فى الملك اذا ادعاه ذواليد ( فهو مثل النتاج ) اي حكمه حكم النتاج فى جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك ( كنسج ثياب لا تنسج الا مرة ) كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها ( كحلب اللبن ) فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته ( واتخاذ الجبن ) بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه فى ملكه ( واللبد ) بان ادعى لبدا بانه صنعه من الصوف الذي هو ملكه ( والمرعزى ) وهى كالصوف تحت شعر المعز ( وجز الصوف ) بان ادعى صوفا مجزوزا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص ( وما يتكرر ) اى كل سبب يتكرر قضى به للخارج ( بمنزلة الملك المطلق ) فلا يلحق بالنتاج ( كنسج الخز ) وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لان الخز والصوف والشعر اذا بلى ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج ( وكالبناء ) فانه مما يتكرر لانه يبنى ثم يهدم ثم يبنى ( والغرس ) لان النخل يغرس غير مرة ( وزراعة البر والحبوب ) لان البر قد يزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا فلم يكن فى معنى النتاج وكذا كل ما يزرع مما يكال او يوزن فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذواليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج لما مر ( وما اشكل )

بحيث لا يتيقن بالبكر وضده (رجع فيه الى اهل الخبرة) لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان اشكل عليهم) اى على اهل الخبرة (جعل كالمطلق) اى قضى به للخارج لان القضاء ببينة هو الاصل وانما عدلنا عنه بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع على الاصل (وان برهن خارج على ملك مطلق وذو يد على الشراء منه) اى من الخارج بان كان عبد مثلا فى يد زيد وادعاه بكر بانه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه (فهو) اى ذو اليد (اولى) لان الخارج وان كان يثبت اولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه ولا تنافى فيه فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه (وان برهن كل منهما) اى من الخارج وذى اليد (على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا) اى سقطت البينتان (وترك المال فى يد ذى اليد) بغير قضاء عند الشيخين (وعند محمد) ان كان فى يد احدهما (يقضى بالبينتين (للخارج) لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا ينعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا كما فى التبيين (وان ارخا) اى الخارج وذو اليد (فى العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضى لذى اليد) عند الشيخين فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من ذى اليد وهو جائز فى العقار عندهما (وعند محمد) قضى (للخارج) اذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وفى التبيين وكان ينبغى ان يقضى به لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه لذى اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضه ثم باعه من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد انتهى (وان اثبتا قبضا قضى لذى اليد اتفاقا) لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعه من بايعه بعد ما قبضه وذلك صحيح (وان كان وقت ذى اليد اسبق قضى للخارج فى الوجهين) فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر كما فى الهداية لكن فى البحر وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى وتمامه فيه فليطالع قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية قالوا حاصل الكلام فى ضبط هذه الاقسام ان كان تاريخ احد المدعيين عند اقامتهما البينة سابقا فهو احق وان لم يكن سابقا بل كان مساويا بان ارخا موافقا او لم يورخا اصلا او ارخ احدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد او كان كل منهما خارجا فى الملك المطلق او فى الملك بسبب فهما متساويان الا اذا تلقيا من واحد وارخ

احدهما فهو احق وان كان احدهما صاحب يد والآخر خارجيا فالخارج احق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ الا اذا ادعيا مع الملك فعلا بان قال هو عبدي اعتقته او دبرته فذو اليد احق بخلاف ما اذا قال كل واحد هو عبدي ملكته فهما متساويان لكونهما خارجين اذ لا يد في هذه الاشياء من اهلية المالكين فاذا اعتقدا يكون العبد متنازعا ولا يضاف اليه غالبه بخلاف العتق فانه في يد المولى اذا كان صغيرا او كبيرا لا يعرف عتقه ولو قال احدهما هو عبدي كاتبته وقال الآخر دبرته او اعتقته فهو اولى لان كل بينة يكون اكثر اثباتا فهو احق هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق اما في الملك بسبب فان ذكر الخارج وذو اليد سببا واحدا وتلقيا من واحد فذو اليد احق وان تلقيا من اثنين فالخارج احق عند التساوي في التاريخ وان ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر الى قوة السبب انتهى (ولا ترجيح بكثرة الشهود) لان الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اذ شهادتهما ليست اقل من شهادتهم في اثبات المدعى لان الاثنين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح ولهذا لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيه بان كان احدهما متواترا والآخر من الآحاد او كان احدهما مفسرا والآخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وقيل يقضى لاكثرهما عددا لان القلب اميل الى قول الاكثر وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لان المعتبر في الشاهد اصل العدالة وهي ليست ذي حد فلا يقع الترجيح بها خلافا لمالك (وان ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها) وبرهنا على ذلك (فالربع للاول) عند الامام (وعندهما) للاول (الثلث والباقي للآخر) لان الامام اعتبر طريق المنازعة وهو ان صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في النصف فسلم له النصف واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف النصف بينهما فلصاحب الكل ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة لان في المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول الى ثلاثة ولصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول واما المضاربة فان كل واحد يضرب بكل حقه فلصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب اثنين في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فيحصل له ثلث الدار لان ضرب الكسور بطريق الاضافة فانه اذا ضربت الثلث في الستة فانه ثلث الستة وهو اثنان وفي البحر تفصيل فليراجع (وان كانت الدار في يدهما وكلاهما) اي كل الدار (لمدعي الكل نصف قضاء ونصف بلا قضاء) لان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب

الجميع وفي النصف لمدعي الجميع بلا منازعة في ما في يده لا على وجه القضاء اذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمعت بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ولو كانت في يد ثلاثة فادعى احدهم كلها وآخر ثلثها وآخر نصفها و برهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي فليطالع ( ولو برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضى لمن وافق سنها تاريخه ) لرجحانه بشهادة الحال ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف ( وان اشكل ) اي سنها بان لا يوافق التاريخين لعدم العلم ( فلهما ) اي يقضى لهما لعدم رجحان احد البرهانين ( وان خالفهما ) اي خالف السن التاريخين معا ( بطلا ) اي البرهانان لظهور كذب كل من الفريقين فتترك الدابة بغير قضاء في يد صاحب اليد كما في الهداية وغيرها وفي التبيين والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها بينهما وتمامه فيه فليطالع ( وان برهن احد الخارجين على غصب شيء والآخر على وديعته استويا ) لان المودع اذا انكر الوديعة يصير غاصبا و برهان الوديعة يتضمن انكار صاحب يد

## ( فصل في التنازع بالايدي )

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد فقال ( لابس الثوب اولى من الآخذ بكمه والراكب احق من الآخذ باللجام ومن في السرج احق من الرديف ) اي لو تنازعا ثوبا احدهما لابس والآخر آخذ بكمه وغيره من الاطراف ولا بينة لهم فاللابس اولى من الآخذ في كونه صاحب اليد لانه متصرف ومستعمل وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها والراكب اولى في كونه ذا يد اذ تصرفه اقوى وكذا لو تنازعا دابة احدهما راكب بسرجها والآخر رديفه فالاول احق لان تمكنه من ذلك دليل على تقدم يده وقيل هي بينهما على السواء ( وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها ) اي اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما وللآخر كوز والاول اولى من كونه ذا يد لانه اكثر تصرفا فيها ولا ترجيح بكثرة الحمل ان كانا حملاها وتنازعا كما لا عبرة بكثرة الشهود واذا اقاما بينة في هذه الصور فبينة من كان في حكم خارج اولى لما مر مرارا ( والراكبان بلا سرج او ) راكبان ( فيه ) اي في السرج ( سواء ) لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسكا بلجامها قالوا

ينبغي ان يقضى بها الى من له جانبها لانه لا يتعلق بالحائط مع الآخر شئ الا بالكلاب والتعلق بالثوب (وكذا الجالس على البساط والمتعلق به) سواء اخذ هو معه الآخر في بساط احدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفين على اهل طريق القضاء لان الجلوس عليه ليس بيد فاستويا في حكم اليد بخلاف الركوب واللبس لان المرء يصير بهما غاصبا لا بالجلوس وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما (ومن معه) اي وكذا ان كان (ثوب) في يد رجل شيئا (وطرفه مع آخر) حيث ينصف بينهما وان كان يد احدهما في الاكثر لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كما في العناية بخلاف جالسي الدار تنازعا فيها حيث لا يقضى بينهما لا بطريق الترك ولا غيره لان الجلوس لا يدل على الملك
( والحائط ) وهو الجدار ( لمن جذوعه عليه ) اي على الحائط ( او المتصل بناؤه اتصال تربيع ) انصاف التربيع اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار في لبنات ذلك واسمي اتصال التربيع لانهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الآخر واما اذا ثقب وادخل فلا يكون تربيعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ( لا لمن له عليه هرادي ) وهي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب فانها غير معتبرة وكذا البواري لانه لم يكن استعمالا وضعا اذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر ( بل الجاران فيه سواء ) يعني اذا تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شئ فهو بينهما لان الحائط لا يبنى لاجلها بخلاف الجذوع
( وان كان لكل ) من الرجلين ( عليه ) اي على الحائط ( ثلاثة جذوع فبينهما ) لاستوائهما في اصل العلة ( ولا يرجح بالاكثر منها ) اي من الثلاثة يعني ولا عبرة بالكثرة والقلة بعد ان بلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا واشترط ان يبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ( وان كان لاحدهما ثلاثة ) جذوع ( والآخر اقل فهو ) اي الحائط ( لصاحب الثلاثة ) استحسانا وهو قول الامام والقياس وهو مروي عن الامام ان يكون بينهما نصفين لما بينا ان الترجيح بالقوة لا بالكثرة فيستويان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة

اذلا يبنى الحائط لاجله دونه والحجة الناقصة لاتظهر بمقابلة الكاملة ( وللآخر موضع خشبه ) باتفاق الروايات لان حكمنا بالحائط لاصحاب الجذوع بالظاهر وهو يصلح بالدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع ثم اختلف الروايات بعد ذلك فى انه يملك ذلك الموضع اولا ذكر فى كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه وصححه قاضيخان وفى كتاب الاقرار ان الحائط كله لاصحاب الاجذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لايبنى لاجل جذع اوجذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك وفى المحيط وهو اصح وتمامه فى التبيين فليطالع ( ولو ) كان ( لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال ) اى صاحب الاتصال ( اولى وللآخر ) اى لصاحب الجذوع ( حق الوضع ) وهذه رواية الطحاوى وصححه الجرجانى لان الحائطين بهذا الاتصال كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر وضع جذوعه لما بينا ولا فرق بين ان يكون الاتصال من جانب اومن جانبين ( وقيل لذى الجذوع ) اى صاحب الجذوع اولى ورجح السرخسى هذه الرواية لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى فى الدلالة على الملك وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء فاوليهم صاحب التربيع ثم صاحب جذوع ثم صاحب المحاذاة ( وذو بيت من دار كذى بيوت منها ) اى من الدار ( فى حق ساحتها ) اى الساحة نصفان بينهما لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور فيها والوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك فصارت نظير الطريق بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما ( ولو ادعيا ارضا كل منهما ( يدعى انها ) اى الارض ( فى يده وبرهنا ) كذلك ( قضى بيدهما ) لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها والبينة تثبت ماغاب عن علم القاضى ( فان برهن احدهما ) فقط ( اوكان ) احدهما ( لبن فيها ) اى فى الارض لبنا ( اوبنى ) فيها ( اوحفر ) فيها ( قضى بيده ) اما الاول فلقيام الحجة فان اليد حق مقصود واما فى الصور الباقية فلوجود التصرف والاستعمال ولو قال اوتصرفا بدل اوكان لبن فيها اوبنى اوحفر لكان اشمل واقصر تدبر ( ومن فى يده صبى يعبر عن نفسه ) اى يتكلم ويعلم مايقول ( قال انا حر ) وانكر صاحب اليد ( فالقول له ) لانه ان كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه

فلا تقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ ( وان قال ) هذا الصبي ( انا عبد لفلان ) وهو غير ذي اليد ( فهو عبد لذي اليد ) بالاجماع لانه لما اقر بكونه رقيقا لفلان اقر بانه ليس له استقلال ولا قدرة على نفسه فلا يعمل باقراره ويكون عبد الذي اليد لا للخارج الا بالبينة لا يقال ان الاقرار بالرق ضرر وكان الواجب ان لا يعتبر في حق الصبي لان الرق لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض وتمامه في التبيين فليراجع ( وكذا من لا يعبر عن نفسه ) اذ هو بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة او حكما ( فلو ادعى الحرية بعد كبره لا يقبل بلا حجة ) اي لو كبر وادعى الحرية فلا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة

## ( باب دعوى النسب )

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه ( ولدت مبيعة لاقل من مدة ستة اشهر ) حرية ( منذ بيعت فادعاه ) اي الولد ( البائع ) اي بائع المبيعة ( ولو اكثر ) من واحد ( فهو ) اي الولد ( ابنه ) ويثبت نسبه من البائع بدعوته وان لم تصدقه المشتري لتيقن العلوق قبل البيع في ملكه مع دعوة لم تبطل بالبيع والمراد من المبيعة الجارية التي لا تباع الامة كما هو المتبادر فهذا الدفع ما قيل من انه واجب عليه ان يقول مذ بيعت وقد ملكها سنتين احترازا عما اذا بيعت من ثم ولدت لاقل من ستة اشهر فانه حينئذ لم يتيقن ان العلوق في ملك البائع الاول او الثاني ( وهي ) اي الجارية ( ام ولده ) لان العلوق وقع في ملكه بيقين ( ويفسخ البيع ) لعدم جواز بيع ام الولد فيأخذ البائع المبيعة ( ويرد الثمن ) لعدم سلامة المبيع للمشتري ( وان ) وصلية ( ادعاه ) اي النسب ( المشتري مع دعوته ) اي البائع ( او ) ادعاه المشتري ( بعدها ) لان دعوة البائع دعوة استيلاد لكون اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه والاول اقوى كما في هذا عندنا وهو استحسان لان العلوق لما اتصل بملكه كان ذلك على كونه منه شهادة ظاهرة حيث ان الظاهر عدم الزنا مع ان النسب مما يبنى على الخفاء فيعفى فيه التناقض والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانها امة وبالدعوة يكون متناقضا واذا بطلت دعواه لم يثبت النسب بدون الدعوة الا ان يصدقه المشتري اما لو ادعى المشتري اولا ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت

من المشترى لا يحتمل النقض كاعتاقه اذ يحتمل على ان المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها (وكذا) يثبت النسب من البايع (لو ادعاه) اى البايع (بعد موت الام اوعتقها) اى ان ماتت الام ثم ادعاه البايع وقد ولدت الاقل يثبت النسب من البايع ويأخذ الولد لان الاصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الام ولذا تضاف الام اليه ويقال ام الولد وتستفيد الام الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى فلا يضره فوات التبع وكذا لو ادعى البايع الولد المولود لاقل من نصف سنة بعد اعتاق المشترى الام يثبت نسبه ويحكم بحريته لا فى حق الام فلا تصير ام الولد للبايع لان دعوته ان صحت فى حق الام بطل اعتاق المشترى والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان (ويرد حصته) اى حصة الولد (من الثمن فى العتق) اى يقسم الثمن على قيمتى الولد والام ويرد ما اصاب الولد من القيمة يوم الولادة دون ما اصاب الام من القيمة يوم القبض (و) يرد (كل الثمن فى الموت) عند الامام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى (وقالا) يرد (حصته فيهما) اى فى العتق والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها فعلى ما ذكره يكون رد حصته من الثمن لا حصتها متفقا عليه انما الخلاف فى الموت لكن فى الدرر وغيره اذا اعتق المشترى الام اودبرها يرد البايع على المشترى حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا ذكر فى الهداية فعلى هذا ان الخلاف ثابت فيهما على ما اختاره صاحب الهداية والمص اختار ما ذكر فى المبسوط حيث قال يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بان القاضى كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد بحصتها ايضا كما فى الكافى (ولو ادعاه) البايع (بعد موته) اى بعد موت الولد (او عتقه ردت) دعواه لعدم حاجته الى النسب بعد الموت وكذا بعد عتقه لما ذكرنا ان الولد هو الاصل

(ولو ولدت) الجارية المبيعة (لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين) منذ بيعت (ان صدقه المشترى) الدعوة (فالحكم كالاول) يعنى ثبت نسبه وامية ها ويفسخ البيع ويرد الثمن عندنا خلافا لزفر والشافعى على ما مر (والا) اى وان لم يصدقه المشترى (فلا يثبت النسب) لاحتمال ان لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه فقد رضى باسقاط حقه فيثبت النسب (وان) ولدت (لاكثر من سنتين) منذ بيعت (لا تصح دعوته) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الاصل (فان صدقه

المشتري ) البائع ( ثبت نسبه ) اي نسب الولد ( وحمل على النكاح ولا يرد
المبيع ولا يعتق ولده ) ولا تصير الامة ام ولد لحدوث العلوق بعد البيع ولا يستند
على ما قبله حتى لزم بطلان بيعه والامة ام ولد لسيده بملك نكاح بان ملكها
ثم باعها فاستولدها بالنكاح حملا لامره على الصلاح ( وان باع عبدا ولد عنده )
اي عند البائع وكان العلوق ايضا عنده ( ثم ادعاه بعد بيع مشتريه ) من آخر
( صحت دعوته ) ويكون هو ابنه ( ورد بيع مشتريه ) لان اتصال العلوق
بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع
لاجله ( وكذا ) الحكم ( لو كاتبه ) اي الولد ( المشتري او ) كاتب المشتري
( امه او رهن ) الولد او امه ( او آجر ) الولد او امه ( او زوجها ) اي الام
( ثم كانت الدعوة صحت ) اي دعوته ( ونقضت هذه التصرفات )
لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة
بخلاف الاعتاق والتدبير لانهما لا يحتملان النقض على ما مر ( ولو باع
احد التوأمين ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البائع ) التوأم ( الآخر ثبت
نسبهما منه ) لانهما خلقا من ماء واحد ( وبطل عتق المشتري ) اذ ثبوت
نسب احدهما يستلزم نسب الآخر هذا اذا كان اصل العلوق في ملك البائع
وان لم يكن في ملكه يثبت نسبهما منه عند تصديق المشتري ولا يبطل عتق
المشتري ولا ينتقض بيع البائع لان هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولايته
( ومن في يده صبي ) لا يعبر عن نفسه ( او قال هو ابن زيد ) او هو ابن عبد
فلان الغائب ( ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ) اي ابن ذي اليد ( وان ) وصاية
( جحد زيد بنوته ) عند الامام لان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار
بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته واذا صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا تكذيبه
لم تصح دعوة المقر عندهم ( وعندهما يصح ان جحد ) زيد بنوته وهو ابن ذي
اليد لان الاقرار ارتد بالرد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل
النقض وفي الدرر نقلا عن العمادية ولو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني ثم قال
هو مني يصح اذ الاقرار بانه ابني تعلق حق المقر والمقر له اما حق المقر له فانه يثبت نسبه من
رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقا من ماء الزنا فاذا قال ليس هذا الولد مني لا يملك ابطال
حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي
لان النسب ثبت واذا ثبت لا ينتفي بالنفي وهذا اذا صدقه الابن اما بغير التصديق فلا يثبت
النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئي لكن اذا لم يصدقه الابن ثم عاد الى التصديق يثبت
النسب لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق الابن فيثبت النسب ولو انكر الاب
الاقرار فاقام الابن البينة انه اقر انه ابنه تقبل والاقرار بانه ابني مقبول لانه اقرار

على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه لاتقبل لانه اقرار على الغير (ولو كان) الصبي (في يد مسلم وذمي فادعى المسلم رقه و) ادعى (الكافر بنوة فهو حر ابن الكافر) لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعى التعارض ولاتعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها وتمامه في العناية فليطالع. قيل مسلم ايضا حالا بحكم الاسلام لا عبد لمسلم هذا اذا ادعيا معا اوان سبق دعوى المسلم كان عبداله وان ادعيا البنوة كان ابنا لمسلم لحصول الاسلام حالا (و) لو كان الصبي (في يد زوجين فزعم) الزوج (انه ابنها من غيرها فزعمت) الزوجة (انه ابنها من غيره فهو) اى الولد (ابنهما) لان كلا منهما اقر للولد بالنسب وهو في ايديهما ثم يريد كل منهما ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه والمراد من الصبي الصبي الغير المعبر والا فهو لمن صدقه (ولو استولد مشتراته) يعني لو اشترى امة فولدت منه وادعاه (ثم استحقت) الامة بدعوى مستحق (فالولد حر) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء اى سبب كان كالارث والهبة والوصية وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له فاستحقت كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قال ولو ملك امة باى سبب كان لكان اشمل (وعلى الاب قيمته) اى قيمة الولد باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه ورقيقا في حق مدعيه نظرا لهما (يوم الخصومة) لانه يوم المنع كولد المغصوبة (فان مات الولد قبل) الخصومة اذ بعد الخصومة يغرم لتحقق المنع منه (فلا شئ على ابيه) لانعدام المنع (وتركته له) اى تكون تركة الولد ميراثا لابيه سواء كان قبل الخصومة او بعدها لكونه حر الاصل اذ الولد في حيوته احق بما له فيكون الاب احق بعد وفاته لانه خلفه (وان قتله الاب غرم قيمته) لتحقق المنع من الاب بقتله (وكذا ان قتله غيره) اى غير الاب (فاخذ ديته) اى اخذ الاب مقدار قيمة الولد لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع) المشترى (بقيمته) اى قيمة الولد التي ضمنها (وبالثمن) اى ثمن الجارية (على بايعه) لان البايع ضمن له سلامة الولد لكونه جزء المبيع اذ الغرور يشمل سلامة جميع اجزاء المبيع (لا) يرجع (بالعقر) الذي اخذ منه المستحق لانه بدل استيفاء منفعة البضع وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته وعند الائمة الثلاثة يرجع بالعقر ايضا ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشترى الثاني على البايع الثاني

بالثمن وقيمة الولد والمشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند الامام وقالا رجع عليه بقيمة الولد ايضا وفي الدرر ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم ان النسب بخلافه ان قضي بالاول لم يقض به والا تساقطا للتعارض وعدم الاولوية برهن انه ابن عمه لابيه وامه وبرهن الدافع انه ابن عمه لامه فقط او على اقرار الميت به اي بانه ابن عمه لامه فقط كان دفعا قبل القضاء بالاول لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الاول ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه ان ادعى خصمه قبل الحكم اقراره بانه يدعي بانه من ذوي الارحام ان يكون حينئذ من كلامه تناقض انتهى

## ( كتاب الاقرار )

مناسبته بالدعوى لان حال المدعى عليه دائر بين الاقرار والانكار والى الاقرار اقرب لان الغالب في حال المسلم الصدق (هو) لغة الاثبات من قر الشيء قرارا اذا قام وثبت ومنه ثابت العدم لم قر ويقال اقره اقرارا اذا جامعه هذا في الحسي واما في القول يقال اقر به اذا اظهر بالقول وشرعا ( اخبار ) اى اعلام بالقول فلو كتب او اشار ولم يقل شيأ لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فله علي كذا فانه كالقول شرعا كما في القهستاني ( بحق ) اى ثابت ويسقط من عين وغيره لكنه لا يستعمل الا في حق المالية فيخرج عنه ما دخل من حق العزير ونحوه ( لاخر على نفسه ) اى لغير المخبر على المخبر اما لنفسه على آخر فهو دعوى ولا آخر على آخر فهو شهادة وفي ما قاله ابو المكارم من ان التعريف منقوض باقرار الوكيل في حق الموكل كلام لمبانية منافاته شرعا والدليل على حجيته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول وشرطه الحرية والعقل والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان علي كذا ( ولا يصح ) الاقرار ( الا لمعلوم ) اى لشخص معلوم لان المجهول لا يصلح مستحقا وفي المنح واما جهالة المقر له فمعة من صحته ان تفاحشت كواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا لا ولا يجبر على البيان ولكل منهما ان يحلفه وفي الدرر وان لم تتفاحش بان اقر بانه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح وتمامه فيه فليطالع ( وحكمه ) اى الاقرار ( ظهور المقر به ) اى المخبر به للمقر له عليه ( لا انشاؤه ) اى لا اثبات المقر به له بهذا اللفظ ولذا قالوا ان المقر له اذا علم ان المقر كاذب في اقراره ثم اخذه منه لم يحل له ديانة الا انه اخذه عن طيب نفسه فانه تمليك مبتدأ وانما لم يكتف بالاثبات عن الحق

وجعلهما مبالغة في رد ماقال بعض المشايخ ان الاقرار انشاء وانما اطلق اشارة الى ان تصديق المقرله لم يشترط وان ارتد برده ولو صدقه ثم رده لم يصح الرد ولو رده ثم اعاد اقراره صح الاقرار كما في القهستاني وقد فرع على كون حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه قوله ( فصح الاقرار بالخمر للمسلم ) ولو كان الاقرار انشاء لما صح لان المسلم لا يصلح له تمليك الخمر وفي المحيط لو اقر بخمر للمسلم يصح و يؤمر بتسليمها اذا طلب استردادها ولو اقر بخمر مستهلك لمسلم لا يصح لانه لا يجب للمسلم بدل الخمر ( لا ) يصح الاقرار ( بطلاق وعتاق مكرها ) لقيام دليل الكذب وهو الاكراه ولو كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان عندنا ( واذا اقر حر ) وانما شرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون فيما ليس من باب التجارة كالمهر لوطئ امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والجناية الموجبة للمال لان الاذن لا يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص ( مكلف ) لان اقرار المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه مأذونا له في التجارة فيصح اقراره كما هو من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الاذن دون غيره والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور الا اذا اقر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها وكذا شرب المتخذ من الحبوب والعسل عندهما خلافا لمحمد ( بحق معلوم او مجهول كشيء وحق ) اي قال لفلان علي شيء او حق ( صح ) اقراره لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري او جرح جراحة لا يدري ارشها ( ولزمه ) فيما اقر بمجهول ( بيان المجهول ) حتى لو امتنع اجبره القاضي على بيانه ( بماله قيمة ) لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب كحبة من الحنطة فلا يقبل قوله بل يحمل على الرجوع فيجبر على البيان وفي المحيط ولو قال لفلان علي حق ثم عنيت به حق الاسلام او الجار لا يصدق الا اذا قال ذلك موصولا لانه بيان باعتبار العرف خلافا للائمة الثلاثة ( والقول قوله ) اي قول المقر ( مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر ) مما بينه المقر بلا برهان لانكاره الزيادة والقول للمنكر وفي المنح تفصيل فليراجع وفي القهستاني لو انكر الاقرار بمجهول واريد اقامة البينة عليه لم تقبل لان جهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة وتمامه في الجواهر والتحفة ( وفي ) قوله ( له علي مال لا يصدق في اقل من درهم )

لان مادونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر خلافا للائمة
الثلاثة (ولزم في) قوله على (مال عظيم نصاب مائتين به فضة اوغيرها)
لان النصاب عظيم يجعل صاحبه غنيا هذا قولهما ورواية عن الامام وعنده انه
يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى يقطع بها اليد و تستباح البضع
قيل الاصح على قول الامام ان ينظر الى حال المقر في الفقر والغنى فان القليل
عند الفقير عظيم والكثير عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض
فان المائتين في الزكوة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حال
المقر (ومن الابل خمسة وعشرون) اي لزم في قوله على مال عظيم من الابل
خمسة وعشرون ابلا لانه اول نصاب تجب فيه الزكوة من جنسه فهو عظيم
من وجه دون وجه والمطلق ينصرف الى الكامل وفي المنح وان قال غصبت
ابلا كثيرة اوبقرا كثيرة اوغنما كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو
من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلثون من البقر والاربعون
من الغنم وعنده يرجع الى بيان المقر (ومن البر خمسة اوسق) لانه المقدر
بالنصاب عندهما وعند الامام يرجع الى بيان المقر وقول المص مائتين الى هنا
لا يخلو عن التشويش يظهر لك عند التأمل (ومن غير مال الزكوة لزمه قيمة
النصاب) فلا يصدق في اقل من مقدار النصاب قيمة في غير مال الزكوة كالحمار
والبغل لان قدر قيمة عظيم ايضا وعن الامام انه مقدر بعشرة دراهم
كما في الاختيار (و) لزم في (له على اموال عظام ثلثة نصب) من اي مال
كان فسره به لان اقل الجمع ثلثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به (و) في
(دراهم ثلثة) بالاجماع اعتبارا لادنى الجمع (و) في (دراهم كثيرة عشرة)
عند الامام لانها اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع (وعندهما نصاب) وهو
مائتا درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف
ما دونه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما تنصرف
الى النصاب وعنده الى العشرة وكذا اذا قال على ثياب كثيرة فعنده عشرة
وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم ولو قال على مال نفيس او كريم
او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول
يلزمه مائتان (و) لو قال له (على كذا درهما) لزم (درهم) لان كذا
مبهم ودرهما تفسير له وفي التتمة والذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية
عن العدد واقل العدد اثنان لان الواحد ليس بعدد وفي شرح المختار قيل
يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب
يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد يلزمه

مائة ولوقال له على درهم عظيم يلزمه درهم واحد ولوقال على دريهم يلزمه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد فى كل زمان ومكان (و) لوقال بلا واوله على (كذا كذا) درهما لزم (احد عشر) درهما لان كذا كناية عن العددين بالاضافة وهو من احد عشر الى تسعة عشر فيحمل على الاقل لتيقنه وعند الشافعى يلزمه درهم (وان ثلث) اى قال بلا واوله على كذا كذا كذا درهما (فكذلك) اى يلزمه احد عشر ايضا لانه لانظير له فى الفاظ العدد فيحمل الاخير على التكرار او التأكيد (و) لوقال له على (كذا وكذا) بحرف العطف لزم (احد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف واقل ذلك من العدد المفسر احد وعشرن واكثره تسعة وتسعون فالاول يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (وان ثلث) لفظ كذا (بالواو زيد مائة) اى يلزمه مائة واحد وعشرون لانه اقل مايعبر عنه بثلثة اعداد مع الواو (وان ربع) لفظ كذا مع تثليث الواو (زيد الف) على مائة واحد وعشرين لانه اقل مايعبر عنه باربع اعداد مع الواو فيحمل على الاقل لتيقن دون الاكثر اذ الاصل فى الذمم البراءة ولوخمس زاد عشرة آلاف ولوسدس يزاد مائة الف ولوسبع زاد الف الف وكلما زاد عدد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى مالا يتناهى كما فى البحر (وكذا كل مكيل وموزون) فى جميع ماذكر من الصور (ويشرك فى عبد) يعنى اذا قال له شرك فى هذا العبد (فهو نصف عند ابى يوسف) لان الشرك بمعنى الشركة وهى تنبئ عن التسوية (وعند محمد يؤمر بالبيان) لان الشرك يجئ بمعنى النصيب وهو مجمل فعليه بيانه بماشاء وفى التسهيل والفتوى على قول ابى يوسف (وقوله على او قبلى اقرار بدين) اى لوقال له على او قال له قبلى فهو اقرار بدين لان على للوجوب ولفظ قبلى يستعمل فى الضمان كما مر فى الكفالة وفى القدورى انه امانة والاول اصح كما فى الهداية وغيرها (فان وصل به) اى قال المقر بلا تراخ (هو وديعة صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيكون من قبيل ذكر المحل وارادة الحال مجازا فيصدق موصولا كما فى الهداية وغيرها وفى المنح ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا (وان فصل لا) يصدق كالاستثناء والتخصيص (و) لوقال (عندى او قال (معى او) قال (فى بيتى او فى صندوقى او كيسى) فهو (اقرار بامانة) لان هذه المواضع محل العين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون

مشدودة او لامانة اذا انها فعمل بخصوصها بهذا لان كلمة عند للظرف ومع القران
وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لا يحتمل الا
كونه في هذه الاماكن كما في المنح (ولو قال لمن ادعى الفا اتزنها) امر من اتزن
اخذ بالوزن الواجب لك علي وانما انث الضمير مع ان الالف من العدد اعتبارا
للدراهم (او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها او ابرأتني منها او وهبتها لي
او تصدقت بها علي او احلتك بها فقد اقر) الالف لان الهاء كناية عن المذكور
في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعي فيكون اقرارا بها الا اذا تصادقا
انه على سبيل الاستهزاء او شهد الشهود بذلك اما اذا ادعى انه قال مستهزئا
لم تقبل منه (وبلا ضمير لا) اي لا يكون اقرارا بها كما اذا قال اتزن او انتقد لانه
لا دليل حينئذ على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء
والاصل فيه ان الجواب ينتظم باعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا
ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل
ابتداء فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح
جوابا او يصلح جوابا وابتداء فلا يكون اقرارا بالشك وفي المحيط ولو قال لي عليك
الف فقال نعم يكون اقرارا ولو اومى برأسه لا لان الاشارة لا تقوم مقام
الكلام من غير الاخرس ولو قال رجل لاخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم
كان اقرارا منه بالعبد والثوب له ولو قال اعطني سرج دابتي هذه او لجامها
او افتح باب داري او جصص داري فقال نعم كان ذلك اقرارا لان كلمة نعم
لا تستقل ولا بد من حملها على الجواب كيلا يصير لغوا وفي المنح رجل قال لغيره
اقرضتك مائة درهم فقال لا اعود لها ابدا او قال لا اعود بعد ذلك فهو اقرار
ولو قال ما استقرضت من احد سواك او قال من احد غيرك او قال ما استقرضت
من احد قبلك او قال ما استقرضت من احد بعدك لم يكن اقرارا قال اليس لي
عليك الف درهم فقال المخاطب في جوابه بلى فهو اقرار له بالالف وان قال
نعم لا يكون اقرارا وتمامه فيه فليراجع (ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو
حال لزمه) اي المقر حال كونه الدين (حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى
لنفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده
انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له في الملك لا الاجارة (وحلف المقر له على
الاجل) لكونه منكرا وعند الشافعي في قول واحمد لزمه مؤجلا مع يمينه
وفي التنوير بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها حيث يلزمه اي المقر
ما اقر به فقط كاقرار الكفيل بدين مؤجل (ولو) قال له (علي مائة ودرهم
فالكل دراهم) فيلزمه مائة درهم ودرهم استحسانا عندنا لوقوع درهم

تفسيرا للمائة المبهمة والقياس ان يرجع فى تفسير المائة اليه وهو قول الشافعى ( وكذا كل مايكال او يوزن ) يعنى اوقال له على مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة ( ولو ) قال له ( على مائة وثوب او ) قال له ( على مائة وثوبان لزمه تفسيرا لمائة ) فلزمه ثوب واحد فى الاولى وثوبان فى الثانية بالاتفاق لانها مبهمة والثوب عطف عليها لاتفسيرلها؛ لان المعطوف لم يوضع لتفسير المعطوف عليه ولم يكن من قبيل الاكتفاء كما فى مائة ودرهم ( وان قال ) له على ( مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب ) فيلزمه اثواب فى الكل لانه ذكر عددين مبهمين وذكر عقيبهما مميزا بلا واو فينصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير كعدد واحد بالاقتران ( ولواقر بتمر فى قوصرة ) وهى وعاء من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب وفى الجوهرة القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب وانما سمى قوصرة مادام فيها التمر والافهى زنبيل ( لزماه ) اى التمر والقوصرة معا لان غصب الشئ المتبدد لايتحقق بدون الظرف وكذا الطعام فى السفينة والجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة اومن سفينة اومن جوالق لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ( او ) اقر ( بخاتم لزمه الحلقة والفص ) لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيعه من غير تسمية ( او ) اقر ( بسيف فالنصل ) اى لزمه حديده ( والجفن ) اى غلافه ( والحمائل ) وهى علاقة السيف لان اسم السيف يطلق على الكل ( او ) اقر ( بحجلة ) بفتحتين ( فالكسوة ) اى لزمه الكسوة ( والعيدان ) لانطلاق الاسم على الكل عرفا لانه بيت مزين بالاسرة والثياب والستور وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه خركاه واوتاق ( وان ) اقر ( بدابة فى اصطبل لزمه الدابة فقط ) عند الشيخين لان غصب الاصطبل لايتحقق لعدم امكان النقل لكونه محلا للغير فلايكون تابعا لها وعلى قياس قول محمد يضمنهما لان غصب غير المنقول يتحقق عنده وعلى هذا الطعام فى البيت ( وان ) اقر ( بثوب فى منديل لزماه ) لان المنديل ظرف للثوب ( وكذا ) ان اقر ( بثوب فى ثوب ) لزم الظرف كالمظروف لان الاقرار بالمظروف لايتحقق بدون ظرفه ( وان ) اقر ( بثوب فى عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابى يوسف ) وهو قول الامام اولا لان كلمة فى تستعمل فى البين والوسط قال الله تعالى فادخلى فى عبادى بمعنى بين عبادى فوقع الشك فلم تثبت الظرفية ولان العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة فيحمل على بيان محله كما لو قال غصبت سرجا على فرس فانه اقرار بغصب سرج فيكون ذكر الفرس بيانا للمحل ( و ) لزمه ( احد عشر عند محمد

لانه قد يجوز ان يلف الثوب النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله ثوب في
اي جوالق وفي التبيين ما قاله محمد مدروس بانه اذا تامل فيصدق ذكر ثاما في عشرة
اثواب جر ويلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (ولو قال) له علي (خمسة في
خمسة لزمه خمسة وان) وصلية (نوى الضرب) المصطلح عليه عند الحساب
لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء والخمسة اذا ضربت بخمسة تكثر اجزاؤه لا ان نفسها
تكثر وباع خمسة وعشرين وقال زفر عشرة وقال الحسن يلزمه خمسة
وعشرون كما في الاصلاح (وعشرة مع لزمه عشرة) اي لو قال له اردت خمسة
مع خمسة لزمه عشرة بالاتفاق اذ اللفظ يحتمله (وفي قوله على من درهم الى
عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة) عندهما عند الامام لان الغاية
لا تدخل تحت المغيا لكن الاولى تدخل بالضرورة لان الدرهم الثاني والثالث
لا يتحقق بدون الاول (وعندهما) والائمة الثلاثة (يلزمه عشرة) لان الغاية
لا بد ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده
بوجوده فيدخل الغايتان وعند زفر يلزمه ثمانية وهو اختيار الجدّ للطارحين
وهو القياس لان بعض الغايات يدخل وبعضها لا فلا يدخل بالشك (وان قال له
من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط) بالاجماع
لوجوده بلا انضمام شيء بخلاف قوله على ما بين الواحد الى العشرة اذ ليس
للمبين وجود مستقل لتوقفه على الواحد فظهر الفرق بينهما (وصح الاقرار
بالحمل) المحتمل وجوده وقت الاقرار بان اقر بحمل جارية او شاة لرجل يصح
اقراره بالاتفاق بلا بيان سببه (وحمل على الوصية من غيره) بيانه ان يوصي
زيد بحمل جاريته او شاته لبكر ومات واقر وارثه بان هذا الحمل لبكر (و) صح
الاقرار (للحمل ان بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كارث)
بان قال ان مورث الحمل مات فورثه الحمل واستهلكت من ماله المورث الفا مثلا
(او وصية) بان قال ان مورثي اوصى في حياته بكذا فلا بد من
سببا صالحا في الصورتين وهو الارث والوصية (فان ولدت) الحامل ولدا
(حيا لاقل من نصف حول منذ اقر فله) اي للحمل (ما اقر به) المقر لانه كان
موجودا وقت الاقرار بيقين (وان) ولدت ولدين (حيين فلهما) اي
فالمال بينهما على السوية ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وفي القهستاني
وفيه اشارة الى ان الام لو كانت معتدة فولدت لاقل من سنتين من موت احدهما
استحق الولد ما اقر لانه كان في البطن والى انه لو لم تكن معتدة بل ذات
زوج فولدت لاكثر من ستة اشهر لم يستحق (وان) ولدت ولدا (ميتا فال…

وللمورث) اي يرد المال الى ورثة لموصى والمورث لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانه ينتقل الى الجنين بعد ولادته ولم ينتقل فيكون اورثهما (وان فسر ببيع او اقراض) اي ان فسر المقر الاقرار بسبب غير صالح بان قال انه باع مني هذه الدار بكذا او اقرضني او وهب مني كذا لايلزمه شئ اذ لايتصور شئ منه من الجنين (او ابهم) المقر (الاقرار) بلا بيان سبب اصلا بان قال على لحمل فلانة كذا (لغا) اي يكون اقراره لغوا فلا يلزمه شئ ايضا عند ابي يوسف لان وجوه فساده اكثر كالبيع والشراء والاقراض والهبة من وجوه جوازه كالارث والوصية مع ان الحمل على الجواز متعذر اذا الجمع بينهما غير متصور وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعين الفساد خلافا لمحمد لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح وفي التنوير والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض (وان اقر بشرط الخيار) بان قال له على الف درهم قرض او غصب او عارية قائمة او مستهلكة على اني بالخيار ثلاثة ايام (لزمه المال وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار والاخبار لايقبل الخيار وزاد صاحب المنح قوله وان صدق المقرله لاعبرة بتصديقه الا ان اقر بعقد بيع وقع بالخيار له فانه يصح الاقرار ويثبت الخيار اذا صدقه المقرله واقام عليه بينة الا ان يكذبه المقرله فلا يثبت الخيار وكان القول قول المقرله كاقراره بدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة ولو كانت طويلة فانه يجوز ان صدقه المقرله وفي الغرر اشهدا على الف في مجلس واخران في آخر لزم الفان الا من بكتابة الاقرار احد الورثة اقرار بالدين قيل يلزمه كله وقيل حصته لكن الفتوى في زماننا بالاول وفي التنوير اقر ثم ادعى المقر انه كاذب في الاقرار يحلف المقرله انه لم يكن كاذبا عند ابي يوسف وبه يفتى وسيأتي ان شاء الله تعالى في مسائل شتى وكذا لو ادعى وارث المقر وان كانت الدعوى على ورثة المقرله فاليمين عليهم بالعلم انا لانعلم انه كان كاذبا وفي المنح اذا قال ذو اليد ليس هذا لي او ليس ملكي او لاحق لي فيه او ليس لي فيه حق او ما كان لي او نحو ذلك ولامنازع له حين ما قال ثم ادعى ذلك احد فقال ذو اليد هو لي صح ذلك منه والقول قوله وهذا التناقض لايمنع اقر رجل بعين لايملكه صح اقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقرله طلب الصلح عن الدعوى لايكون اقرارا وطلب الصلح عن المدعى يكون اقرارا ابرأني عن الدعوى ليس باقرار ابرأني عن هذا المال اقرار الاقرار بشئ محال باطل وتمامه فيه فليطالع

( باب الاستثناء ومافي معناه )

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغير شرع في بيان موجبه مع الغير وهو الاستثناء

وقال صدر الشريعة في كونه مع المساواة ثلاث شرط وجوه والمصنف تبع الباقاني حيث
اثبتا باعتبار المشغل من مجموع المركب وان باعتبار الاجزاء فهذا عدد
وعند الشافعي اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا مشكل لان الاستثناء
جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع
والرفع بعد الوقوع كما في التبيين وشرط في الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه
الا اذا انفصل عنه لضرورة نفس او سعال او اخذ فم فانه لا يضر الانفصال
كما في الطلاق والنداء بينهما لا يضر كقوله لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة
بخلاف لك الف فاشهدوا الا كذا ونحو ذلك فانه فاصل فلا يصح الاستثناء
عنده كما في المنح وفيه اشارة الى انه لو استثنى منفصلا عن اقراره لا يصح لانه يؤدي
الى الرجوع عن الاقرار والرجوع عنه غير جائز مطلقا فلزمه ما اقر (صح
استثناء بعض ما اقر به او) كان الاستثناء (متصلا) باقراره (ولزمه باقيه)
لان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة
الا درهما معنى قوله علي تسعة سواء استثنى الاقل او الاكثر وهو قول الاكثر
لوروده في كلام الله تعالى وهو المذهب كما في التبيين وقال الفراء استثناء
الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وهو مذهب زفر وفي الهداية
ولا فرق بين استثناء الاقل او الاكثر وان لم يتكلم به العرب ولا يمتنع صحته اذا كان
موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم يتكلم به العرب وهو الصحيح ولا فرق بين
ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه
او قال الا ثلثيه صح (وبطل استثناء الكل) وان ذكره موصولا فيلزمه كله
لانه لا يكون بيانا للكلام بل يكون رجوعا عن اقراره وذا غير جائز كما في اكثر
المعتبرات وقال صاحب المنح مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل
فيما يقبل الرجوع وليس كذلك وعن هذا قال في تنويره والاستثناء المستغرق
باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية ان كان بلفظ الصدر او مساويه وان بغيرهما
كعبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح الاستثناء
وتفصيله مامر في الطلاق وفي شرح المجمع ان استثناء الكل من الكل انما بطل
اذا كان بعين لفظ المستثنى منه واما اذا كان بغيره فيصح كما لو قال ثلث مالي لزيد
الا الفا وثلث ماله الف فيصح الاستثناء ولا يكون لزيد شئ كما مر في الطلاق
وفي الجوهرة واختلفوا في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لانه يبطل كل
الكلام وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح انتهى
(وان اقر بشيئين واستثنى احدهما او احدهما وبعض الآخر بطل استثناؤه)
يعني لو قال له علي كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فاستثناء كر وقفيز

باطل عند الامام (خلافا لهما) اى قالا يصح استثناء القفيز لانه كلام متصل لان قوله الاكر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد واذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصح وله ان استثناء الكر باطل اجماعا فكان لغوا فكان قاطعا للكلام الاول فيكون الاستثناء منقطعا وانما صورناها بتقديم الكر لانه لو قدم القفيز بان قال الاقفيز شعير وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفاصل كما فى شرح المجمع وغيره فعلى هذا اطلاق المص ليس محله بل يلزم التفصيل تأمل (وان استثنى بعض احدهما) بان قال له على كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة او الاقفيز شعير (او بعض كل منهما) بان قال له على كر حنطة او كر شعير الاقفيز حنطة وقفيز شعير (صح اتفاقا) فى الصورتين لعدم تخلل القاطع فى الاولى وفى الثانية ان قوله الاقفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الاقفيز حنطة وقفيز شعير كما فى الاختيار (ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم) بان قال له على مائة درهم الاقفيز برا والادينارا او الامائة جوز (صح بالقيمة) استحسانا عند الشيخين ولزمه مائة درهم الاقيمة القفيز والدينار او الجوز لان الاستثناء اخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى اذ المقدرات جنس واحد معنى وان اجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا فكانت جنسا واحدا فى حكم الثبوت فى الذمة والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر وعن هذا قال (خلافا لمحمد) لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس (ولو استثنى منها) اى من الدراهم (شاة او ثوبا او دارا بطل اتفاقا) لان ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسى بل لابد من وصف الثمنية ولو معنى وقال مالك والشافعى يجوز فى كل واحد من الكيلى والوزنى والعددى لتحقق المجانسة من حيث المالية فيطرح قدر قيمة المستثنى ولزمه الباقى وفى التنوير واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحوله على الف درهم الامائة او خمسين فيلزمه تسعمائة وخمسون على الاصح واذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحوله على مائة درهم الا شيئا او قليلا او بعضا لزمه احد وخمسون وتمام المسئلتين فى شرحه فليطالع (ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره) لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند ابى يوسف فكان اعداما من الاصل كما فى الدرر وغيره لكن فى العناية خلافه لانه قال ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى

اما ايلسان كما هو مذهب ابي يوسف اوتعليق كما هو مذهب محمد كما قررناه في الطلاق فتلزم المنافاة الا ان يحمل على اختلاف الروايتين (وكذا ان علقه بمشيئة من لا تعرف مشيته كالملائكة والجن) اى ان شاء الجن او الملائكة لانه لا تعرف مشيتهم فلا يقع عليه شيء لان الاصل براءة الذمة فلا يثبت بالشك وفي البحر وكذا بمشية فلان وان شاء وكذا كل اقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى اجل كان قال ان حلفت فلك ما ادعيت به وان بشرط كائن فتنجيز كعلى الف درهم ان مت لزمه قبل الموت وان تضمن دعوى الاجل كاذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه الحال ويستحلف المقر له في الاجل (ولو اقر بدار واستثنى بناءها) بان قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسي (كانا) اى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل في الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في اللفظ فلم يصح بخلاف استثناء البيت من الدار كاستثناء ثلثها لان اجزاء الدار داخلة تحت الدار فصح استثناؤه وعند الائمة الثلاثة يصح استثناء البناء منها (ولو قال) المقر (بناؤها لي والعرصة) اى البقعة (له كان) الحكم او الاقرار (كما قال) بان يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمر وحيث يكون لكل منهما ما اقر له به (وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها) وكذا طوق الجارية لان دخول الفص في الخاتم بالتبعية وكذا دخول النخل في البستان فلا يصح الاستثناء بخلاف ما لو قال الحلقة لفلان والفص لي او الارض له والنخل لي يصح (وان قال له على الف) درهم (من ثمن عبد) اشتريته منه (لم اقبضه) اى العبد الجملة صفة عبد (فان عينه) اى المقر العبد بان ذكر عبدا بعينه وصدقه المقر له في شرائه وعدم قبضه (قيل للمقر له سلم) العبد الى المقر (وتسلم) امر من التفعل اى خذ ثمنه منه (ان شئت) فان سلم المقر له العبد المعين بان يحضره بين يديه يلزم على المقر الف بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه على الصفة التي اقر بها وان لم يسلم العبد الى المقر لا يلزمه الف اجماعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرها هنا والثاني ان يقول المقر له القن قنك ما بعتك وانما بعتك قنا غيره والحكم فيه كالاول والثالث ان يقول القن قني ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم على المقر شيء والرابع ان يقول القن قني ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف وتمامه

في الدرر فليراجع ( وان لم يعينه ) اي المقر العبد ولم يصدقه المقر له في عدم قبضه ( لزمه ) اي المقر ( الالف ولغا قوله لم اقبضه ) عند الامام لانه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل فان انكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر له لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة ( ولو قال له ) علي الف ( من ثمن خمر او خنزير لا يصدق ) عند الامام وصل او فصل ولزمه الالف ( وعندهما ) والائمة الثلاثة ( ان وصل صدق ) في المسئلتين ولا يلزمه الالف على مامر آنفا ولو قال له علي الف وهو حرام او ربوا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه كما في التبيين ( ولو قال له ) علي الف ( من ثمن متاع او اقرضني وهي ) اي الالف ( زيوف او نبهرجة ) او ستوقة او رصاص ( لزمه الجياد ) لان البيع او القرض يقع على الجياد فلا يجوز التفسير بضدها هذا عند الامام لانه رجوع عن اقراره وصل او فصل ( وقالا يلزمه ما قال ان وصل ) لما مر من انه بيان تغيير فيصدق موصولا لا مفصولا وبه قالت الائمة الثلاثة ( وان قال له ) علي الف ( من غصب او وديعة وهو زيوف او نبهرجة صدق ) اتفاقا وصل او فصل فيلزمه ما اقر به لان الغصب لا يقتضي السلامة وكذا الوديعة لان الشخص يغصب ما يجده ويودع بما يملكه فلا يكون رجوعا بل بيانا للنوع فصدق مطلقا ( ولو قال له ) علي الف من غصب او وديعة ( وهي ستوقة او رصاص فان وصل صدق ) لانه بيان تغيير ( والا فلا ) اي وان فصل لا يصدق لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان اسم الدراهم يتناولهما بطريق المجاز فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ( ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب ) اي بثوب معيب ( صدق ) المقر مع الحلف ان لم يثبت الخصم سلامته لما مر ان الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة ( ولو قال ) له ( علي الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل والا لزم الالف ) لما مر ان الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا ( ولو قال ) المقر ( اخذت منك الفا وديعة فهلكت ) في يدي من غير تعد ( وقال المقر له ) بل ( اخذتها ) مني حال كونها ( غصبا ضمن ) المقر ما قر باخذه له لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال له المقر له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه وهذا

لا يوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عدم الضمان والمالك يدعى عليه الغصب وذلك ينكر فالقول قول المنكر ( ولو قال ) المقر ( لم ابدل احدث اعطيتني لابطين ) المقر لانه لم يقر بما يوجب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله ( ولو قال غصبت هذا الشئ من زيد لابل من عمرو هو ) اى الشئ ( لزيد وعليه ) اى المقر ( قيمته لعمرو ) لان قوله من زيد اقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له على الف لابل الفان يلزمه الفان استحسانا وفي القياس يلزمه ثلثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا اسود لابل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لابل مرويا لزماه وكذا له على كر حنطة لابل كر شعير لزماه ولو قال لفلان على الف درهم لابل لفلان لزمه المالان ولو قال له على الف لابل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد اذا كان المقر له اثنين فاذا كان واحدا والجنس واحدا لزم اكثر المالين وتمامه في الاختيار فليراجع وفي التنوير ولو قال الدين الذي لى على فلان لفلان او الوديعة التى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ ( ولو قال ) لآخر ( هذا ) الشئ ( كان لى وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هو لى دفع اليه ) اى الى الآخر لان المقر اقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه فاذا وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه ان قدر وان قال آجرت فرسى او ثوبى هذا فلانا فركبه اى الفرس ( اولبسه ) اى الثوب ( ورده ) اى رد الفرس او الثوب ( على وقال ) فلان ( بل هو لى او اعرته او اسكنته دارى ثم ردها ) اى الدار ( على صدق ) يعنى القول قول المقر فى ذلك عند الامام استحسانا لان اليد فى الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالاقرار له باليد لايكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ( وعندهما ) وعند الائمة الثلاثة ( القول ) مع يمينه ( للمأخوذ منه ) وهو القياس لان المقر اعترف بيد المقر له ثم ادعى عليه الاستحقاق فقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم قيم على صدق دعواه بينة ان قدر ( ولو قال ) لآخر ( خاط ثوبى هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر ) اى قال الثوب ثوبى ( صدق على هذا الخلاف ) اى يصدق القابض عند الامام لاعندهما ( فى الصحيح ) احترازا عن قول بعضهم ان القول

قول المقر بالاجماع وفي الاسرار الاختلاف اذا لم تكن الدابة اوالثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا ( ولو قال له اقتضيت ) اى قبضت ( من فلان الفا كانت لى عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له ) فله ان يأخذها منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه ( خذه منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر ( ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار اوغرس هذا الكرم لى استعنت به ) اى بفلان ( فيه ) اى فى الزرع اوالبناء اوالغرس وذلك كله فى يد المقر ( وادعى فلان ذلك اى قال المال ملكى وفعلت ذلك لنفسى لا بالاعانة لك ولا باجر منك كما زعمت ( فالقول للمقر ) لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد المقر كذا هذا ولو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل كما فى التبيين

( باب اقرار المريض )

افرده فى باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة ( دين صحته ) اى المريض ( وما لزمه ) اى المريض ( فى مرضه ) اى فى مرض الموت ( بسبب معروف ) كبدل ما ملكه بالاستقراض او بالشراء وعاينهما الشهود او اهلاك مالا او تزوج بمهر مثلها وعاينهما الناس ( سواء ) لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به فصار كالدين الثابت بالبينة فى مرضه ( ويقدمان ) اى دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف ( على ما اقر به فى مرضه ) ولو كان المقر به وديعة كما فى البحر هذا عندنا وعند الائمة الثلاثة الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى اول مرضه لانه عجز عن قضائه عن مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به ( والكل ) اى كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الثابت بمجرد الاقرار فالكل افرادى فانه

اكثر استعمالا كما فى القهستانى ( مقدم على الارث ) وان احاط الدين الذى اورثه جميع ماله والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لكن ترك بالاثر وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما اذا اقر المريض بدين جاز ذلك فى جميع تركته والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات ولا يترك بالقياس فصار المقر له اولى من الورثة ولان قضاء دينه من حوائجه الاصلية كتكفينه ( ولا يصح تخصيصه ) اى المريض ( غريما ) من الغرماء ( بقضاء دينه ) اى ليس للمريض ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاه مهرا وايفاء اجرة لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده واذا اقر بدين ثم بدين تحاصا وصل او فصل ولو اقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة اولى واقراره ببيع صدر فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره بان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو اقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة اولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لا يصح والا نفذ من الثلث الا فى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فانه نافذ كما فى البحر وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان اجنبيا وان كان وارثا فلا يجوز مطلقا وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شئ صحيح قضاء لا ديانة كما فى التنوير وفى المنح قالت هذه ليس لى على زوجى مهر وقال فيه لم يكن لى على فلان شئ ليس لورثته ان يدعوا عليه شيأ فى القضاء وفى الديانة لا يجوز هذا الاقرار ولو اقر الابن عند انه ليس له على والده شئ من تركة امه صح بخلاف ما وابرأه او وهبه وكذا لو اقر بقبض ما له منه وتمامه فيه فليطالع ( ولا ) يصح ( اقراره ) اى المريض بدين او عين ( لوارثه ) عندنا وعند الشافعى فى القول الاصح يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية للوارث ولا اقرار له بالدين لانه ضرر لبقية الورثة ( الا ان يصدقه ) اى المريض ( بقية الورثة ) لان عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية وكذا لو رجع فيما وهبه منه فى مرضه او قبض ما غصبه منه ورهنه عنده او استرد المبيع فى البيع الفاسد وكذا لا يجوز ذلك لعبد وارثه ولا مكاتبه لانه يقع لمولاه ملكا او حقا ولو صدرت هذه الاشياء منه للوارث وهو مريض ثم مات جاز ذلك كله لانه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة كما

فى الاختيار وفى التنوير اقر فيه لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات يرده وفى القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنقض بعد الموت (وان اقر) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (وان) وصلية (احاط) اقراره اى استغرق (بماله) لما بينا (وان اقر) المريض (لاجنبى ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (وبطل اقراره) لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فبطل الاعند الشافعى فى الاصح ومالك لا يبطل اذالم يتهم (وان اقر) المريض (لاجنبية) اى لامرأة اجنبية (ثم تزوجها لا يبطل اقراره) لها وقال زفر يبطل لانها وارثة عند الموت فيحصل التهمة ولنا انه اقروليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده ولهذا قال فى البحر وغيره والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الاقرار الا اذا صار وارثا بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة وفى التنوير بخلاف اقراره لاخيه المحجوب اذا زال حجبه وصار غير محجوب فانه يبطل اقر فيه انه كان له على ابنه البينة عشرة قد استوفيتها والمقر ابن ينكر ذلك صح اقراره كما لو اقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثا وقيل لا يصح (ولو اوصى لها) اى لاجنبية (ثم تزوجها بطلت) الوصية لانها تمليك مضافا الى ما بعد الموت وهى وارثة فى هذا الوقت فتبطل (ولو وهبها) اى لاجنبية شيئا (ثم تزوجها فلا رجوع) هذا مخالف لعامة المتون والشروح قالوا فى هذا المحل ان الهبة المذكورة باطلة كالوصية لان الهبة فى المرض وصية فعلى هذا لو قال ولو اوصى لها او وهبها ثم تزوجها بطلت لكان اخصر واولى والعجب من المصنف قد نطق بالحق فى كتاب الوصايا حيث قال وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها وغفل ههنا الا ان يقال انه يمكن الجواب عن طرف المصنف بان المراد بقوله فلا رجوع ابطلانه لانه اذا كانت الهبة باطلة لا يجرى عليها الرجوع فذكر عدم الرجوع واراد البطلان وفى التنوير ولو اقر لمن طلقها ثلثا فيه اى فى المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها (وان اقر) رجل (بغلام) اى ولد فيشمل البنت (مجهول النسب) فى بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب فى كل موضع على ما فى القنية لكن فى اكثر الكتب ان يجهل نسبه فى مولده فان عرف نسبه فيه فهو معروف النسب (يولد) صفة بعد صفة لغلام او حال منه (مثله) اى مثل هذا الغلام (لمثله) اى لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتى عشرة سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما فى المضمرات (انه) اى ان هذا الغلام

(ابنه وصدقه) اى المقر (الغلام) ان كان الغلام معبرا لانه في يد نفسه بخلاف الصغير لانه في يد غيره وينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر هذا الشرط وعند الائمة الثلاثة بلا انضمام قيد ايضا يعتبر لو كان غير مكلف (ثبت نسبه) اى الغلام (منه) اى المقر لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (ولو كان المقر في حالة الاقرار (مريضا ويشارك) الغلام (الورثة) المعروفة في الميراث لانه صار كالوارث المعروف بثبوت نسبه منه (وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد) بالشروط المتقدمة في الابن لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير (والزوجة) اى صح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وبشرط ان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) اى صح اقراره بالمولى من جهة العتاقة ان لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غير المقر (وشرط تصديق هؤلاء) لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه لانه الحق له (وكذا) يصح (اقرار المرأة) بالوالدين والولد والزوج والمولى لما ذكرنا (لكن شرط في اقرارها) اى المرأة (بالولد تصديق الزوج ايضا) كان تصديق الولد شرط لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد اقر به هذا اذا كان لها زوج او كانت معتدة منه وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (او شهادة قابلة) بولادته منها لان قول القابلة حجة في تعيين الولد (وصح تصديقهم بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد الموت (الا تصديق الزوج بعد موتها) اى الزوجة لان تصديقه بعد موتها باطل عند الامام لانه لما مات زال النكاح بعلائقه في جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيئا ولو باعتبار ارث لانه معدوم وقت الاقرار لان التصديق اذا صح استند الى وقت الاقرار فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار ارث يحدث بخلاف ما اذا اقر بنكاح امرأة ومات فصدقته بعد موته لان علائق النكاح باقية بعد موته في جانبها ولذا يحل لها ان تغسله لكونه مالكا لها حتى يبقى ملكه الى انقضاء العدة فلها المهر والارث منه وفاقا (وعندهما) والائمة الثلاثة (يصح ايضا) اى كما يصح تصديقهم بعد موت المقر ابقاء النكاح بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم والتكذيب بعد لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما

فيرث منها ولهذا لو اقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان اقر) رجل (بنسب غير الولاد كاخ وعم لا يثبت) النسب منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفس المقر حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما (ويرثه) اى يرث هذا المقر له من ذلك المقر (ان لم يكن له) اى للمقر (وارث معروف ولو) كان (بعيدا) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا يجوز وباستحقاق ماله ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وان كان له وارث قريب او بعيد لا يرث المقر له من المقر (ومن مات ابوه فاقر باخ) وهو يصدقه (شاركه فى الارث ولا يثبت نسبه) لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففى ثبوته تحميله على الغير فلا يقبل فيه (ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقى للآخر ولا شئ للمقر) يعنى ان مات وترك ابنين وله على رجل مائة درهم مثلا فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه الآخر فلا شئ للمقر وللمكذب نصفه لانه اقر بالدين على الميت وكذبه اخوه فينفذ فى حقه خاصة فوجب على الميت خمسون على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له ان يشارك اخاه فى الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقى من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على خمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدى الى الدور وقال صاحب الدرر فى غرره حرة اقرت بدين لآخر فكذبها زوجها صح فى حق زوجها عند الامام حتى تحبس وتلازم وعندهما لا مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد منه وكذبها الزوج صح فى حق المرأة لا فى حق الزوج وحق الاولاد حتى لا يبطل النكاح واولاد حصلت قبل الاقرار وما فى بطنها وقت الاقرار احرار مجهول النسب حرر عبدا ثم اقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح اقراره فى حقه حتى صار رقيقا له دون ابطال العتق حق فى معتقه فان مات العتيق يرثه وارثه ان كان له وارث والا فالمقر له فان مات المقر ثم العتيق فارثه لعصبة المقر

## (كتاب الصلح)

وجه المناسبة فى ايراده بعد الاقرار ان انكار المقر سبب للخصومة وهى تستدعى الصلح هو لغة اسم بمعنى المصالحة وهى المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح ضد الفساد وفى الشرع (هو) اى الصلح (عقد يرفع النزاع)

من الطرفين وسمه تعالى القضاء المقرور بمعاطبه وركنه الايجاب والقبول الموضوعان له كافي الدرر وفي العناية الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وقال واما اذا وقع الدعوى في الدراهم وطلب الصلح على ذلك الجنس فقدتم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه وشرطه العقل لا البلوغ والحرية وصح من صبي مأذون ان عرى عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب وشرط ايضا كون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى قبضه وكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان المصالح عنه او مجهولا لا يصح الصلح لو كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى كافي المنح والبحر ( ويجوز ) الصلح ( مع اقرار ) من المدعى عليه ( وسكوت ) منه بان لا يقر ولا ينكر ( وانكار ) وكل ذلك جائز عندنا لقوله تعالى والصلح خير عرفه باللام فالظاهر العموم ولقوله عليه السلام الصلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لانه صلح احل حراما لانه اخذ المال بغير حق في زعم المدعى فكان رشوة ولنا ما رويناه واول ما رويناه وقيل آخر احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وفي العناية تفصيل فليراجع ( فالاول ) اى الصلح بالاقرار ( كالبيع ) في احكامه ( ان وقع عن مال بمال ) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من غير جنسه ثم فرعه بقوله ( فتثبت فيه الشفعة ) اى تثبت الشفعة في الصلح عن عقار او على عقار كما ثبت في البيع للشفيع حق المطالبة في كل منهما ( والرد بالعيب ) فان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له ان يرده ( وخيار الرؤية ) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه ( والشرط ) بان يصالح على شئ فشرط احدهما الخيار لنفسه لانه من احكام البيع ( وتفسده ) اى الصلح ( جهالة البدل ) اى الذي وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن ( لا ) تفسده ( جهالة المصالح عنه ) لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة خلافا للشافعي وفي العناية تفصيل فليطالع ( وتشترط القدرة على تسليم البدل ) لان القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا في الصحة ( وان استحق ) في صلح مع اقرار ( بعض المصالح عنه او ) استحق ( كله رجع ) المدعى عليه على المدعى ( بكل البدل او بعضه ) صورته ادعى زيد دارا مثلا في يد عمرو فاقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد

والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا او كلها رجع عمرو على زيد بخمسين درهما فى الاولى وبمائة درهم فى الثانية وفى تحرير المص من اللف والنشر الغير المرتب واما تصوير صاحب الدرر فى هذا المحل لايوافق متنه بل الصواب ماصورناه تتبع ( وان استحق بعض البدل اوكله رجع ) المدعى وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو ( بكل المصالح عنه اوبعضه ) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فابهما اخذه بالاستحقاق رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض ( وان وقع ) الصلح عن اقرار ( عن مال بمنفعة اعتبر ) هذا الصلح ( اجارة ) صورته ادعى على رجل شيأ فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة او على ركوب دابته معلومة او على لبس ثوبه او خدمة عبده اوزراعة ارضه مدة معلومة فيكون معنى الاجارة لان العبرة للمعانى والاجارة تمليك المنفعة وهذا الصلح كذلك ثم فرعه بقوله ( فيشترط فيه التوقيت ) لكن هذا فى الاجير الخاص بان ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد اوسكنى سنة وفيما عدا ذلك لايشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب اوركوب الدابة اوحمل الطعام الى موضع كما فى التبيين ( ويبطل ) الصلح ( بموت احدهما ) اى احد المتصالحين لانهما كالموجر والمستأجر وكذا يبطل بفوات المنفعة قبل الاستيفاء فيعود الى الدعوى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل بقدر مابقى فيرجع فى دعواه بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بواحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفى المنفعة على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ( والاخيران ) اى الصلح عن سكوت اوانكار ( معاوضة فى حق المدعى ) لانه يزعم ان ماأخذه كان عوضا عما يدعيه ( وفداء اليمين وقطع المنازعة فى حق الآخر ) اى المدعى عليه لانه يزعم ان المدعى مفتر ومبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى اصولهما فيأخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم فرعه بقوله ( فلاشفعة فى دار صولح عنها ) اى الدار ( مع احدهما ) اى مع سكوت او انكار صورته ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر اوانكر فصالح عنها بدفع شئ آخر لم تجب الشفعة لان المدعى عليه يأخذها على اصل حقه ويعطى المال دفعا للخصومة لانه يشتريها ولايلزمه زعم المدعى لان المرأ لايؤخذ الا بزعمه ( وتجب ) الشفعة ( فى دار صولح عليها ) اى على

الدار فيما ادعى ماله على آخر فسكت او انكر فصالح بدفع الدار اليه لان المدعى يأخذها عوضا عن ماله فيؤخذ بزعمه (وما استحق من المدعى بعضا او كلا) في صورة الصلح مع سكوت او انكار (رد المدعى) على المدعى عليه فيها (حصته) اى ما استحق (من البدل) لان المدعى عليه قد بذل العوض لدفع خصومة المدعى فبالاستحقاق ظهر عدم خصومة المدعى مع المدعى عليه فيرد ما اخذه في مقابلة الخصومة على المدعى عليه (ورجع) المدعى (بالخصومة) مع المستحق (فيه) اى فيما استحقه بعضا كان او كلا (وما استحق من البدل) بعضا او كلا (رجع المدعى الى دعواه في قدره) اى في قدر البدل اى رجع المدعى الى الدعوى في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق البعض لان المدعى لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشئ بهذا او قال الآخر اشتريت حيث يرجع المشترى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى كما في التبيين (وهلاك البدل) اى بدل الصلح (قبل التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه) اى كاستحقاق في بدل الصلح فيبطل به لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان لم يكن كالنقدين لا يبطل بهلاكه في الفصلين اى في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت ففي الاقرار يرجع بكله او بعضه وفي الانكار يرجع بالدعوى (ولو صالح على بعض دار يدعيها) يعني اذا ادعى رجل على آخر دارا فصالحه على قطعة معلومة منها (لا يصح) الصلح وهو على دعواه في الباقي لان البعض لا يصلح عوضا عن الكل للزوم ان يكون الشئ عوضا عن نفسه اذ البعض داخل في ضمن الكل ولان ما قبضه من عين حقه فيكون على طلبه في باقي الدار اذ الاسقاط لا يقع من الاعيان لكونه مخصوصا بالديون (وحيلته) اى حيلة جواز هذا الصلح (ان يزيد) المدعى عليه (في البدل شيئا) فيصير الزائد عوضا عن الباقي (او يبرأ) بضم اوله وفتح ثالثه اى يبرأ المدعى عليه او بضم اوله وكسر ثالثه اى يبرئ المدعى المدعى عليه (عن دعوى الباقي) بان يقول المدعى ابرأتك او ابرأت من دعوى هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين صحيح كما في المنح

## ( فصل )

(يجوز الصلح عن مجهول) لانه اسقاط (ولا يجوز الا على معلوم) لانه تمليك فيؤدي الى المنازعة والصلح على اربعة اوجه معلوم على معلوم ومجهول على معلوم وهما جائزان ومجهول على مجهول ومعلوم على مجهول وهما فاسدان فالحاصل ان كل ما يحتاج الى

قبضه لابد ان يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة وما لا يحتاج الى قبضه يكون اسقاطا فلا يحتاج الى علمه به فانه لا يفضي الى المنازعة وتمامه في العناية وغيرها فليطالع (فيجوز) الصلح (عن دعوى المال) لوجود معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه مطلقا سواء كان عن اقرار او سكوت او انكار (وعن) دعوى (المنفعة) كان يدعى في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فجحد الوارث او اقر فصالحه على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جاز فكذا الصلح لكن انما يجوز عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا فلا يجوز كما في الدرر وغيره وانما احتيج الى هذا التصوير لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز كما في السراج وغيره لكن في البحر ان الصلح عن دعوى المال مطلقا والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع الموجر عند انكاره الاجارة او مقدار المدة المدعى بها او الاجرة وكذا الورثة اذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقا والمنافع ان اختلف جنسها فانه يجوز لا ان اتحد انتهى (و) يصح الصلح عن دعوى (الجناية في النفس) من القتل (و) في (ما دونها) من نحو شج الرأس وقطع اليد (عمدا) كانت الجناية (او خطأ) اما العمد فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية اي من اعطى له بدل اخيه المقتول شيء بطريق الصلح واما الخطاء فلان موجبه المال فالصلح كان عن المال لكنه لا تصح الزيادة على قدر الدية والارش على اخذ مقادير الدية للربوا الا اذا قضى القاضي باخذ مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز كيف ما كان لعدم الربوا لكن يشترط القبض في المجلس ليخرج عن ان يكون دينا بدين (و) يصح الصلح ايضا (عن دعوى الرق) كما اذا ادعى على مجهول النسب انه عبده ثم تصالحا على شيء معين (وكان عتقا بمال) في حق المدعي وفي حق الاخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح (ولا ولاء) له (عليه) لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا اذا انكر العبد الرق اما اذا صالحه باقراره فيثبت الولاء (و) صح الصلح عن (دعوى الزوج) النكاح وكان خلعا مطلقا في زعمهما ان كان باقرار فتجب عليها العدة وان لم يكن باقرار يكون خلعا في زعمه ودفعا في زعمها لا تلزم العدة عليها قضاء فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل

(ويحرم) اخذ المال (عليه) اى على المدعى (ديانة ان كان مبطلا) فى دعواه وهذا عام فى جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيبة نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كما فى العناية (ولو صالحها بمال لتقرله بالنكاح جاز) ويجعل زيادة فى المهر لانهما تزعم انه زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد فى مهرها (ولا يجوز ان ادعته) اى النكاح (المرأة). هكذا فى بعض نسخ القدورى وهو الصحيح صرح به الزاهدى ولذلك اختار المص ووجهه انه بدل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح (وقيل يجوز) ووجهه ان يجعل بدل الصلح زيادة فى مهرها (ولا) يصح الصلح (عن دعوى الحد) من الحدود فلو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال ان لا يرفعه اليه بطل الصلح وله ان يرجع بما دفع وكذا اذا اخذ قاذف المحصن او المحصنة فصالحه لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كصلح واحد عن حق العامة كما اذا صالحه عما اشرعه الى الطريق فان للامام ذلك اذا كان فيه صلاح المسلمين ويضع ذلك فى بيت المال (وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز) لان رقبته ليست من تجارته ولذا لا يملك التصرف فيها بيعا فلا يملك استخلاصها بمال المولى الا ان ولى القتل لا يقتله بعد الصلح لانه عفا عنه ببدله ولا يجب عليه البدل للحال ويتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز ان يصالح عن نفسه (بخلاف صلحه) اى المأذون (عن نفس عبد له) اى للمأذون (قتل رجلا عمدا) فجاز صلحه لان تصرفه فى عبده من باب التجارة فيملك التصرف بيعا واستخلاصا (وان صالح) الغاصب (عن مغصوب تلف باكثر من قيمته) اى قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة (جاز) يعنى ان من غصب ثوبا او عبدا قيمته الف واستهلكه فصالحه على الفين جاز عند الامام (وقالا يبطل الفضل) من قيمته (ان كان مما لا يتغابن) الناس (فيه) لان حقه فى القيمة والزائد عليها ربوا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا (وان) صالح عنه (بعرض صح مطلقا) اى سواء كانت قيمته اكثر من قيمة المغصوب اولا (اتفاقا) لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وانما قال قبل القضاء لانه اذا قضى القاضى بالقيمة ثم صالحا باكثر من قيمته لا يجوز اجماعا كما فى اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان اولى قيد بكون الصلح على اكثر من قيمته بعد الاستهلاك اذ لو كان قبله يجوز اتفاقا وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقا وكذا لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق

جاز بالاجماع كما فى العناية (وان اعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (وصالح) الشريك (عن باقيه باكثر من نصف قيمته) اى العبد (بطل الفضل) بالاتفاق اما عندهما فظاهر والفرق للامام ان القيمة فى العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان) صالحه (بعرض صح) كيف ما كان لما مر انه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد العتق بقوله موسرا اذ لو كان معسرا لا تلزم عليه قيمة نصيب شريكه بل تلزم على العبد سعايته كما مر (ويجوز صلح المدعى بمال يدفعه الى المنكر ليقر له) بالعين صورته رجل ادعى عينا على رجل فى يده فانكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون فى حق المنكر كالبيع وفى حق المدعى كالزيادة فى الثمن كما فى الاختيار (وبدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه) على آخر من المكيلات والموزونات (يلزم) اى البدل (الموكل لا الوكيل) لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح كما مر فى الوكالة (الا ان ضمنه) اى الوكيل البدل فانه حينئذ يكون مؤاخذا بعقد الضمان لا بعقد الصلح والاستثناء منقطع (وبدل ما) اى بدل صلح (هو كبيع) بان كان الصلح عن مال بمال مع اقرار (يلزم) البدل (الوكيل) لا الموكل لان الوكيل فى المعاوضة المالية اصيل وفى المعاوضة الاسقاطية سفير قيدنا مع اقرار لانه اذا كان الصلح مع انكار لا يجب البدل على الوكيل مطلقا كما فى البحر وما فى الاصلاح من ان كون البدل من غير جنس المصالح عنه ليس بشرط كيف والصلح عن فرس بفرس جائز مخالفا لما ذكر فى اول الكتاب وهو قوله صح مع اقرار كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه ثم قال فى تعليله لانه اذا كان من جنسه فهو حط وابراء او قبض واستيفاء او فضل وربو فتدبر (وان صالح فضولى) اى صالح رجل عن رجل آخر بلا امر (وضمن) الفضولى (البدل او اضاف الى ماله) اى الى مال نفسه بان قال صالحتك على الفى هذه او على عبدى هذا (او اشار الى عرض او نقد بلا اضافة) بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف (او اطلق) بان قال صالحتك على الف (وسلم) القدر المصالح عليه الى المدعى (صح) الصلح اما اذا ضمن البدل فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء ويجوز ان يكون الفضولى اصيلا اذا ضمن كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل واما اذا اضاف الى ماله فلانه بهذه الاضافة التزم التسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه واما اذا اشار الى نقد او عرض فلانه

تعيين التسليم لشرط فتم به الصلح واما دا اطلق وسلم فلان التسليم اليد يوجب سلامة العوض له فتم العقد لحصول مقصوده (وكان) الفضول (متبرعا) لانه فعله بلااذن المدعى عليه (وان اطلق) اى صالحتك على الف (ولم يسلم توقف) اى صار الصلح موقوفا على الاجازة (فان اجازه المدعى عليه جاز) الصلح (ولزمه البدل) لالتزامه اياه باختياره هذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح ولم يتوقف الا اذا لم يذكر البدل كافى القهستانى (والا) اى وان لم يجزه (بطل) الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا اولا والبدل عينا او دينا لان المصالح هنا هو الفضولى لاولاية على المطلوب فلاينفذ تصرفه عليه فيتوقف على اجازته وفى التنوير والخانية فى جميع ماذكرنا من الاحكام كالصلح ادعى وقفية ارض على آخر ولا بينة للمدعى على دعواه فصالحه المنكر لقطع الخصومة عنه جاز الصلح وطاب له لو صادقا وقيل لا كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا الصلح بعد الشراء اقام المدعى عليه بينة بعد الصلح عن انكار ان المدعى قال قبل الصلح ليس لى قبل فلان حق والصلح ماض على الصحة ولو قال المدعى بعده ما كان لى قبل المدعى عليه حق بطل الصلح والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا ويصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة وقيل لا طلب الصلح والابراء من المدعى عليه عن الدعوى لايكون اقرارا بخلاف طلب الصلح والابراء عن المال صالح البائع مع المشترى عن عيب وظهر عدم ذلك العيب او زال العيب بطل الصلح

## (باب الصلح فى الدين)

وهو الذى ثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (على بعض جنسه) كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة (اخذ) خبر المبتدأ (لبعض حقه واسقاط لباقيه) لان تصحيح تصرف العاقل واجب ما امكن وقد امكن ذلك فيحمل عليه (لا معاوضة) لافضائه الى الربوا ثم وضحه بقوله (فلو صالح) المديون دائنه (عن الفه حال) فى ذمته (على مائة حالة) باسقاط ما فضل هو تسعمائة (او) عن الف حال على (الف مؤجل) باسقاط وصف الحلول فقط هو حق له كالفضل (صح) الصلح (وكذا) صح لو صالح (عن الف جياد على مائة زيوف) باسقاط ما فضل واسقاط وصف الجودة معا ولايشترط قبض البدل

فى هذه الصور لكونه مداينة لامعاوضة ( ولا يصح ) لو صالح ( عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة ) الى شهر سواء عن اقرار او انكار لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فتعينت المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا لا يجوز لكونه صرفا ( او ) صالحه ( عن الف مؤجل على نصفه حالا ) فانه لا يصح ايضا لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ماحط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ( او ) صالحه ( عن الف سود ) جمع اسود اى دراهم مضروبة من نقرة سوداء مغلوبة الغش ( على نصفه بيضا ) لانه من دراهم سود لا يستحق البيض فقط صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة وكان معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف مالو صالح على قدر الدين وهو اجود كما لو صالحه عن الف حال على الف مؤجل او صالحه عن الف بيض على الف سود جاز بشرط قبضه فى المجلس لانه اذا كان الذى يستوفيه ادون من حقه قدرا ووصفا ووقتا او فى احدها فهو اسقاط واذا كان ازيد منه فمعاوضة ( ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح ) لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا ( وان قال من له على آخر الف اد غدا نصفه ) اى نصف الف ( على انك برئ من باقيه ففعل ) من عليه الالف ذلك بان قبل وادى اليه فى الغد النصف ( برئ ) عن النصف الباقى بالاتفاق ( والا ) اى وان لم يؤد غدا بالنصف ( فلا يبرأ ) عند الطرفين ( خلافا لابى يوسف ) فانه قال يبرأ وان لم يؤد ولا يعود اليه النصف الساقط ابدا لانه ابراء مطلق لانه جعل الاداء عوضا عن الابراء نظرا الى كلمة على والاداء لا يصلح ان يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه ولهما انه ابراء مقيد بشرط الاداء وانه غرض صالح حذرا من افلاسه او يتوصل بها الى ماهو الانفع من تجارة رابحة او قضاء دين او دفع حبس فاذا عدم الشرط بطل الابراء وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف وهذه المسئلة على وجوه الاول ماذكر والثانى قوله ( وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع اجماعا ) يعنى ان قبل وادى اليه النصف فى الغد برئ عن الباقى والا فالكل عليه بالاجماع لانه اتى بتصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث قوله ( وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطينى نصفه غدا برئ ) جواب ان ( من نصفه اعطى النصف فى الغد ( او لم يعط ) لان الدائن اطلق البراءة فى اول كلامه ثم ذكر

الاداء الذي لا يصلح عوضا فى احتمل كون الاداء شرطا وهو وقت لكونه غير مذكور او متعذرا عن البراءة فلم يتحقق كونه شرطا فى البراءة فبقي على الاطلاق فتصير الاداء وعدمه غير مقيد فى حق البراءة بخلاف الاداء فى الصورة الاولى لكونه مقيدا فى البراءة لذكره فى اول الكلام وبهذا التقرير اتضح الفرق بين الصورتين والرابع قوله ( وكذا لو قال ادالى نصفه على انك برئ من باقيه ولم يوقت الاداء ) وقتا فانه يصح الابراء بالاجماع ولا يعود الدين فانه ابراء مطلق لانه لما لم يوقت الاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لان الاداء واجب على المديون فى مطلق الازمان فلم يتقيد الابراء فحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح كما فى الهداية والخامس قوله ( ولو قال ان اديت الى نصفه فانت برئ او اذا اديت او متى اديت ) الى نصفه فانت برئ ( لا يصح الابراء وان ) وصلية ( ادى ) نصفه لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك ( ومن قال ) اى المديون ( سرا لرب دينه لا اقر لك حتى تؤخر ) اى الدين ( عنى او تحط عنى ) بعضه ففعل ) رب الدين التأخير او الحط ( جاز ) اى التأخير والحط لانه ليس بمكره عليه فصار نظير الصلح مع الانكار فلا يمكن من مطالبته فى الحال ان اخر ولا من مطالبة ما حط فى الحط ابدا ( وان اعلن ) ما قاله سرا ( لزمه ) اى جميع الدين ( للحال ) اى بلا تأخير ان اخر ولا حط ان حط

## ( فصل )

فى الدين المشترك والتخارج ( وان صالح احد ربى الدين ) فى دين ( عن نصفه ) اى الدين وهو نصيبه ( على ثوب فلشريكه ) الخيار ان شاء ( ان يتبع المديون بنصفه ) اى بنصف الدين ابقاء حصته فى ذمته ( او اخذ نصف الثوب ) من شريكه لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه ( الا ان يضمن ) اى الشريك ( له ) المصالح ( ربع الدين ) لان حقه فى الدين لا فى الثوب ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار ثم ههنا قيدان الاول ان يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثانى ان يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ( وان قبض ) احد الشريكين ( شيأ من الدين يشاركه شريكه فيه )

اى فى الذى قبضه اذلم يشاركه تلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا غير جائز فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة ( واتبعا ) اى الشريكان رجعا ( على الغريم ) اى المديون ( بما بقى ) من الدين لاستوائهما فى الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بان مات المديون مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض لكن ليس ان يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة بل يعود الى ذمته ( وان ) لم يصالح احد الشريكين بل ( اشترى ) من الذى عليه الدين ( بنصيبه ) من الدين ( شيئا ) فالآخر مخير ان شاء ( ضمنه شريكه ربع الدين ) لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولاضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة والمنازعة بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والمسامحة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به لانه لم يستوف تمام نصف الدين فلهذا خيرناه ( او اتبع الغريم ) ان شاء لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشارك ( ومن ابرأ ) احدهما ذمة المديون ( عن نصيبه اوقاص الغريم بدين سابق ) بان كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجود دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به ( لايضمن لشريكه ) شيأ فى الصورتين امافى الاولى فلان الابراء اتلاف لاقبض والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف واما فى الثانية فلانه قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة انما تثبت فى الاقتضاء ( وان ابرأ ) احدهما ( عن البعض ) اى بعض نصيبه ( قسم الباقى على سهامه ) لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لوكان لهما على المديون عشرون درهما فابرأه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كما فى الدرر ( وان اجل ) احدهما ( نصيبه لايصح ) التأجيل عند الطرفين ( خلافا لابى يوسف ) فانه يصح عنده اعتبارا بالابراء المطلق ولهما انه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية وفى النهاية ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابى يوسف وذلك سهل لجواز ان يكون المص قد اطلع على رواية لمحمد مع الامام ( وبطل صلح احد ربى السلم ) اى احد الشريكين فى سلم ( عن نصيب على مادفع ) من رأس المال وهذا عند الطرفين لانه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة وانها لاتجوز ( خلافا له ) اى لابى يوسف ( ايضا ) كما خالف فى المسئلة الاولى فان عنده تجوز لانه دين مشترك فاذا صالح احدهما على حصته جاز كسائر الديون كما فى شرح الكنز للعينى وانما شرط على دفع رأس

المال لان الصلح على غير رأس المال لا يجوز بالاتفاق لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه وفي التنوير صالح احد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع فان اجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وبطل ثم قال وهذه العبارة اولى من قول الكنز وهو اختيار المض وبطل الى آخره لانه ليس بباطل بل هو صحيح موقوف الا ان يراد به انه سيبطل على تقدير عدم الاجازة انتهى (وان اخرج الورثة احدهم عن عرض) هي التركة (او) اخرجوه عن (عقار) هي التركة (بمال) اعطوه له (او) اخرجوه (عن احد النقدين بالآخر) اي عن ذهب هو التركة بفضة دفعوها اليه او عن فضة هي التركة بذهب دفعوه اليه (او عنهما) اي عن النقدين (بهما) اي بالنقدين بان كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح ايضا دراهم ودنانير (صح) هذا الصلح في الوجوه كلها (قل البدل او كثر) صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن في الوجه الثاني والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربوا لانه صرف ولا يعتبر التساوي والاصل في جواز التخارج اثر عثمان رضي الله تعالى عنه فانه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن ربع الثمن وكان له اربع نسوة على ثمانين الف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير (وعن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) اي غير النقدين مثل العقار والعروض يراد ان التركة ان كانت مشتملة على هذه الاجناس فاخرجوه (باحد النقدين) يعني دفعوا اليه اما فضة او ذهبا (لا يصح الا ان يكون المعطى) بفتح الطاء اي الذي اعطوه (اكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربوا وذلك لان الصلح لا يجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان والبراءة من الاعيان لا تجوز لكن لا بد من التقابض في المجلس في مقابل النقدين لانه صرف في هذا القدر (وان) صالحوا (بعرض) في هذه الصورة (جاز مطلقا) لعدم الربوا (وان) كان (في التركة دين على الناس فاخرجوه) اي اخرجت الورثة احدهم (ليكون الدين لهم بطل الصلح) لان فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل ثم تعدى البطلان الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين اولم يبين عند الامام وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حيلا فقال (فان شرطوا) اي الورثة (براءة الغرماء عن نصيبه) اي من الدين الذي هو نصيب المصالح (صح) الصلح لانه اسقاط وتمليك للدين ممن عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على

المديون بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق في اعلى المديون فاذا وجد الضرر مع النفع في محل لا يعد الضرر ضررا فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض ( وكذا ) صح الصلح ( ان قضوا ) اى تعجلوا قضاء ( حصته ) اى حصة المصالح ( منه ) اى من الدين ( تبرعا ) ثم تصالحوا عما بقى من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة فالاولى ما ذكره بقوله ( او اقرضوه ) اى اقرض بقية الورثة المصالح ( قدرها ) اى قدر حصته من الدين ( واحالهم ) اى احال المصالح الورثة ( به ) اى بالقرض الذى اخذه منهم ( على الغرماء ) وهم يقبلون الحوالة ( وصالحوه عن غيره ) اى عن غير الدين بما يصلح ان يكون بدلا ( صح ) وفى التبيين والاوجه منه ان يبيعوه كفا من تمر اونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ( وفى صحة الصلح عن تركة هى اعيان غير معلومة على مكيل اوموزون اختلاف ) قال الامام المرغينانى لا يصح لاحتمال الربوا بان كان فى التركة المجهولة مكيل اوموزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح وقال الفقيه ابو جعفر يصح لاحتمال ان لا يكون فى التركة من جنس بدل الصلح وعلى تقدير كونه يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولا عبرة بها هذا هو الصحيح كما فى التبيين وغيره ( والاصح الجواز ان علم انها ) اى التركة ( غير المكيل اوالموزون ) والاولى بالواو كما فى الهداية وغيرها ( اذا كانت كلها ) اى كل التركة ( فى يد البقية ) اى بقية الورثة لان التركة قائمة فى ايديهم فالجهالة فيها لا تفضى الى النزاع لعدم الحاجة الى التسليم حتى لو كان بعض التركة فى المصالح ولا يعرفه بقية الورثة لا يجوز وقيل لا يصح لانه بيع اذ المصالح عنه عين ومع الجهالة لا يصح البيع ( وبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق ) للتركة لان التركة لم يملكها الوارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع فى التركة اويضمن اجنبى ( بشرط براءة الميت وان ) كان الدين ( غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه ) اى قضاء الدين لحاجته الى تقدم القضاء ( ولو فعل ) وصالح ( قالوا يجوز ) لان التركة لا تخلو عن قليل دين والداين قد يكون غائبا فتضرر الورثة بالتوقف على مجيئه والداين لا يتضرر لان على الورثة قضاء دينه ( والقسمة تجوز قياسا ) لما مر من ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة ( لا ) تجوز ( استحسانا ) وهو قول الكرخى لان الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ( وقيل القياس

ان يوقف الكل ) لما مر من ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة ( والاحسن ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقي ) لدفع الضرر عن الورثة وفي الدرر واذا اخرجوا واحدا فحصته تقسم بين الباقي على السواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث المشترك بينهم وان كان ما اعطوه له مما ورثوه من مورثهم فعلى قدر ميراثهم والموصى له كوارث فيه صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح اشهرهما اي القولين لا يكون داخلا اه

## ( كتاب المضاربة )

هي مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون في التجارة وسمي هذا العقد بها لان العامل فيه يسير في الارض غالبا لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفي الشرع ( هي ) اي المضاربة ( شركة في الربح ) بان يقول رب المال دفعته مضاربة او معاملة على ان يكون لك من الربح جزء معين كالنصف او الثلث اوغيره ويقبل المضارب قلت فيه اشعار بان كلا من الايجاب والقبول ركن والطرف للشركة ( بمال من جانب ) وهو جانب رب المال ( وعمل من جانب ) آخر وهو جانب المضارب وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عن المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم ( والمضارب امين ) ابتداء لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة والحيلة في ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرضه من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل بجزء شائع من الربح فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ رأس المال بالقرض وان هلك المال هلك على المستقرض وهو العامل وذكر الزيلعي حيلة اخرى فليطالع ( فاذا تصرف ) المضارب في المال ( فوكيل ) لانه متصرف في ملكه بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل

( فان ربح ) منه ( فشريك ) لرب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة ( وان خالف ) المضارب شرط رب المال ( فغاصب ) ولو اجاز بعده لوجود التعدي منه على مال غيره فصار غاصبا فيضمن وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم وعن علي والحسن والزهري انه لاضمان كما في الشمني ( وان شرط كل الربح له ) اي للمضارب ( فمستقرض ) فان استحقاق كل الربح لايكون الابعد ان يصير رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال واشتراطه له يوجب تمليكه رأس المال اقتضاء ( وان شرط ) كل الربح ( لرب المال فمبضع ) حيث يكون عاملا لرب المال بلا بدل وعمله لايتقوم الا بالتسمية فكانه كان وكيلا متبرعا ( وان فسدت ) المضاربة بشيء ( فاجير ) لان المضارب عامل لرب المال وماشرطه له كالاجرة على عمله ومتى فسدت ظهر معنى الاجارة فلاربح حينئذ لانه يكون في المضاربة الصحيحة ( ولما فسدت ) صارت اجارة ( فله ) اي للمضارب ( اجر مثله ) اي اجر مثل عمله كما هو حكم الاجارة الفاسدة ( ربح اولم يربح ) وبه قال الشافعي لانه لايستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح في رواية الاصل وعن ابي يوسف لااجرله اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة ( ولايزاد ) اجر مثل عمله ( على ) قدر ( ماشرط له ) من الربح ( عند ابي يوسف ) لانه رضي به وهو المختار ( خلافا لمحمد ) فان له اجر المثل عنده بالغا مابلغ وبه قالت الائمة الثلاثة ( ولايضمن المضارب ( المال ) بالهلاك ( فيها ) اي المضاربة الفاسدة ( ايضا ) اي كما لايضمنه في المضاربة الصحيحة لانه امين فلايكون ضمينا وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى وعن محمد انه يضمن كما في القهستاني وقال الطحاوي عدم الضمان قول الامام وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وقال الاسبيجابي والاصح انه لاضمان على قول الكل كما في العناية ( ولاتصح المضاربة الابمال تصح به الشركة ) من النقدين والتبر والفلس النافق لكن في الكبرى ان في المضاربة بالتبر روايتين وعن الشيخين انها تصح بالفلس ولم تصح عند محمد وعليه الفتوى كما في القهستاني ( وان دفع عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة فقبل اوقال اقبض مالي على فلان ) من الدين ( واعمل فيه مضاربة ) فقبل ( جازت ايضا ) كما تصح به الشركة لان المضاربة في المسألة الاولى اضيفت الى ثمن العرض وهو مما تصح فيه المضاربة وفي الثانية اضيفت الى زمان القبض والدين اذا قبض صار عينا فيجوز هذا العقد بخلاف مالو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لايجوز اتفاقا وفي المنح ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمن ولو قال فاعمل به

لاصحى وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون ماذونا بالعمل الا بعد قبض الكل
بخلاف الفاء والواو فانه يكفي قبض البعض كذا في بعض المعتبرات لكن
في القول بان الفاء كالواو في هذا الحكم نظر لان ثم يفيد الترتيب والتراخي والفاء
يفيد التعقيب والترتيب فينبغي ان لا يثبت الاذن فيها قبل القبض بل يثبت عقيبه
بخلاف الواو فانها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وفي المجتبى
او قال اشتر لي عبدا نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه
جاز ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المبضع اعمل بما في يدك
مضاربة جاز ( وشرط تسليم المال الى المضارب ولا يد لرب المال فيه )
لان تخلية المال له مال واجب للتمكن من التصرف فيه حتى لو شرط عمل رب
المال معه لفسدت المضاربة لان ذلك يخل بالتسليم بخلاف الشركة ( فاذا
كان ) رب المال ( او غير عاقد كالصغير اذا عقد هنا ) اي المضاربة ( له )
اي للمضارب ( وليه ) اي ولي الصغير وشرط عمل الصغير معه فانه لا يجوز
لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب ( واحد الشريكين
اذا عقدها ) اي المضاربة ( الاخر ) اي اذا دفع احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان المال مضاربة وشرط عمل شريكه معه فانه لا يجوز لقيام
الملك له فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد حتى لو دفع الاب او الوصي مال الصغير
وشرط عمل نفسه جاز لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما
فجاز اشتراط العمل عليهما بخلاف المأذون لو دفع ماله مضاربة وشرط
عمله معه فانه لم يجز لان اليد المتصرفة ثابتة له تنزل منزلة المالك وفيه اشعار
بان الوصي اذا دفع مال الصغير الى نفسه مضاربة جاز كما في الذخيرة لكن ينبغي
ان يزاد في هذه المسئلة ان الوصي لا يجعل لنفسه اكثر مما يجعل لامثاله كما قاله
الطرسوسي ( و ) شرط ( كون الربح بينهما شائعا ) اي لا تصح المضاربة
حتى يكون الربح مشاعا بينهما بان يكون اثلاثا او نصفا ونحوهما لان الشركة
لا تتحقق الا به فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل فيكون الربح لرب المال
وشرط كون نصيب كل من المضارب ورب المال معلوما عند العقد وكون
رأس المال معلوما تسمية او اشارة ( فتفسد ) المضاربة ( ان شرط لاحدهما
عشرة دراهم مثلا ) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما
لا ربح الا ما شرط فاذا لم تصح فقد ثبتت منفعة مستوفاة بحكم العقد فيجب اجر المثل
وفي الذخيرة ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب
( وكل شرط يوجب جهالة الربح ) كشرط رب المال على المضارب ان يدفع اليه
ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة ( يفسدها ) اي المضاربة لانه جعل

بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط ما اصاب منفعة الدار (وما) اى كل شرط (لا) يوجب جهالة الربح (فلا) يفسد المضاربة (و) لكن (يبطل الشرط) لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) لان الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة (وللمضارب فى مطلقها) اى مطلق المضاربة وهو ما لم يقيد بمكان او زمان او نوع من التجارة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (ان يبيع ويشترى ويوكل بهما) اى البيع والشراء (ويسافر) بمال المضاربة برا وبحرا ولو دفع المال فى بلدة على الظاهر وعن ابى يوسف لا يسافر وبه قال الشافعى وعن الامام ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وفى القهستانى ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه فى قوتهم (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح لرب المال (ويودع ويرهن ويرتهن ويواجر ويستأجر ويحتال بالثمن على الايسر وغيره) لان كل ذلك من صنيع التجار (ولو ابضع) المضارب (رب المال صح ولا تفسد به) اى بالابضاع (المضاربة) وقال زفر تفسد لان رب المال حينئذ متصرف فى مال نفسه وهو لا يصلح ان يكون وكيلا فيه فيكون مستردا له ولنا ان التصرف فى مال المضاربة صار حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف فيه (وليس له) اى للمضارب (ان يضارب) مال المضاربة لآخر (الا باذن رب المال) صريحا (او بقوله له) اى للمضارب (اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يملك التوكيل الا بقول الاصيل اعمل برأيك بخلاف الابضاع والايداع لانهما دون المضاربة فيتضمنهما (ولا) اى ليس للمضارب (ان يقرض او يستدين) بان يشترى باكثر من مال المضاربة (او يهب او يتصدق) وان قيل له اعمل برأيك لان المراد بهذا القول التعميم فى كل ما هو من صنيع التجار وهذا ليس من صنيعهم اذ الربح المقصود عندهم لا يحصل بهما (الا بتنصيص) من رب المال على الاقراض والاستدانة والهبة والتصدق فحينئذ ملكها وفرع على الاستدانة بقوله (فان شرى بمالها) اى المضاربة (بزا) بفتح الباء الموحدة والزاى عند اهل الكوفة ثياب الكتان

لا ثوب الصوف والخز كما في المغرب ( وقصره ) اى غسله باجرة من ماله من قصر
يقصر بالضم قصرا وقصارة او من قصر الثوب بالتشديد اى جمعه وغسله كما
في القهستاني ( او حمله ) من موضع الى آخر ( بماله ) اى بمال المضارب لانه اذا
( فهو ) اى المضارب ( متبرع ) فلا يرجع بماله على رب المال ( وان )
وصلية ( قيل له اعمل برأيك ) لانه استدانة على المال بلا اذن صريح ولو قيد
بالشيا فحكمه حكم الصبغ ( وله ) اى للمضارب ( الخلط بماله ) اى المضارب
( والصبغ ) بماله ( ان قيل له ذلك ) اى اعمل برأيك والمراد من الصبغ ان يصبغه
احمر لعدم الخلاف في كونه زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عند الامام لكن
اطلاق النص يشعر انه اختار قول الامامين وسكت عن قول الامام تبع ( فلا يضمن
المضارب به ) اى بالخلط ولا بالصبغ فانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه
فلا يكون به متعديا ( ويصير ) المضارب ( شريكا ) لرب المال ( بما زاد الصبغ
فيه ( وحصته ) اى حصة قيمة الصبغ ( له ) اى للمضارب ( اذا بيع ) المصبوغ
( وحصة الثوب ) الابيض ( في ) مال ( المضاربة ) حتى اذا كانت قيمة
الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومأتين كان الالف للمضاربة
ومأتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل وتمامه في العناية
فليطالع ( وان قيدت المضاربة ببلد ) معين بان قال رب المال للمضارب دفعته
مضاربة في الكوفة مثلا ( او سلعة ) اى متاع معين بان قال دفعته مضاربة
في الكرباس مثلا ( او وقت ) معين بان قال دفعته مضاربة بالصيف مثلا
( او معامل معين ) بان قال دفعته مضاربة لفلان ( فليس له ) اى للمضارب
( ان يتجاوز ) عما عينه المالك لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة
لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات والاشخاص وكذا
ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجه من تلك البلدة وقال مالك والشافعي
اذا شرط المالك ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها او ما لا يعم وجوده
لا تصح المضاربة ( كما ) لا يتعدى الشريك ( في الشركة ) عما عينه الشريك
الآخر شيئا منهما ( فان تجاوز ) المضارب بان يخرج الى غير ذلك البلد
فتصرف فيه او اشترى سلعة غير ما عينه او في وقت غير ما عينه او باع من غير
من عينه ( ضمن ) لانه صار غاصبا بالمخالفة وكان المشترى له ( والربح له )
اى للمضارب وعليه خسرانه ثم قيل يضمن بنفس الاخراج من البلد لوجود
المخالفة وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فان عاد
زال الضمان فصار مضاربة على حاله بالعقد الاول ( فان قال له ) اى قال له
المالك للمضارب ( عامل اهل الكوفة او عامل الصيارفة فعامل في الكوفة

غيراهلها ) اى الكوفة ( اوصارف ) اى عامل معاملة الصرف ( مع غير الصيارفة لايكون مخالفا ) فيجوز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بانوع هذا هو المراد عرفا لافيما وراء ذلك كما فى الهداية ( وكذا ) لايكون مخالفا ( اوقال اشتر فى سوقها ) اى الكوفة ( فاشترى فى غيره ) اى غير سوق الكوفة لان اماكن المصر كلها سواء فى السعر والنقد والامن فيجوز ( بخلاف قوله لاتشتر فى غير السوق ) فانه حينئذ لايجوز لو اشتراه فى غيره فيضمن لانه صرح بالحجر والولاية الى المالك وفى العناية كلام فليطالع ( وان قال ) المالك للمضارب ( خذ هذا المال تعمل به ) اى بالمال ( فى الكوفة ) مرفوعا اومجزوما ( او ) خذ هذا المال ( فاعمل به ) اى بالمال ( فيها ) اى الكوفة ( اوخذه ) اى المال المضارب ( بالنصف فيها ) اى الكوفة ( فهو تقييد ) فليس له ان يعمل فى غير الكوفة لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لوقال خذه مضاربة بالنصف لان الباء للالصاق فيقتضى ان يكون العمل فيه وكذا لوقال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان فى للظرف وانما تكون البلدة ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل وكذا اذا قال خذه مضاربة على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به كما فى التبيين ( بخلاف خذه ) اى المال مضاربة ( واعمل به فيها ) اى فى الكوفة فانه ليس بتقييد حتى لايضمن فى العمل فى غيرها لان الواو للعطف والشئ لايعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء اذا كانت بعدها جملة فتكون مشورة لاشرطا للاول والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة مالايمكن التلفظ به ابتداء او يمكن جعله مبنيا على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الثلاثة السابقة التى تذكر فى المتن وان استقام للابتداء به لايبنى على ماقبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظ الاخير ( وللمضارب ان يبيع بنسيئة ) متعارفة عند التجار كسنة اودونها ( مالم يكن اجلا لايبيع اليه التجار ) كعشرين سنة مثلا وعند الائمة الثلاثة لايبيع بنسيئة الاباذنه لان البيع بالنسيئة يوجب قصر يد المضارب عن التصرف فيصير بمنزلة دفعه المال مضاربة فلايجوز الاباذن ولنا ان البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل الربح الذى هو مقصود رب المال فانه بالنسيئة اكثر منه بالنقد ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريهما اعتبارا لعادة التجار كما فى الهداية ( وان باع ) المضارب ( بنقد ثم اخر ) اى الثمن ( صح اجماعا ) اما عندهما

فان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لا يصح لانه ان يقابل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسأ بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة كما في الهداية (وله) اى للمضارب (ان يأذن لعبد المضاربة) اى العبد الذى اشتراه من مال المضاربة (في التجارة) في الرواية المشهورة لانه من صنع التجار وعن محمد لا يملك ذلك لانه بمنزلة الدفع مضاربة (وليس له) اى للمضارب (ان يزوج عبدا او امة من مالها) اى مال المضاربة لان التزويج ليس من التجارة مع ان عقد المضاربة يتضمن التوكيل بالتجارة فلا يملك التزويج وان كان اكتسابا بجهة اخرى وعن ابي يوسف ان المضارب يزوج الامة لانه من الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة وفيه اشارة الى انه لا يحل وطئ جارية المضاربة ربح اولا واذن به اولا كما في القهستاني (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى به) اى بمال المضاربة (من يعتق على رب المال) سواء كان ذلك العتق بسبب القرابة كاشتراء ابن رب المال او بسبب اليمين كقوله ان ملكته فهو حر لان حصول الربح غير متصور بالعتق فعقد المضاربة ينافيه (فان شرى) المضارب من يعتق عليه (كان) الشراء (له) اى لنفس المضارب ويضمن دفع الضرر (لا لها) اى لا يكون للمضاربة لان الشراء انما نفذ على المشترى لكونه اصيلا في حق البائع (ولا) يجوز للمضارب (ان يشترى من يعتق عليه) اى على المضارب (ان كان في المال ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال بسببه او يعتق على الاختلاف الذى مضى بيانه في العتق والمراد من الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان في جملة رأس المال ربح اولا حتى لو كان المال الفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه واما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر في الجملة ربح حتى لو اعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان او معسرا كما في المنح (فان فعل) اى اشترى من يعتق عليه وقيمته اكثر من رأس المال (ضمن) اى المضارب لانه مشترى لنفسه (وان لم يكن) في المال (ربح صح) شراؤه لانه لا يعتق عليه اذ لا ملك له فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيصح (فان حدث ربح بعد الشراء) بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال او اقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت اكثر من رأس المال (عتق نصيبه) اى نصيب المضارب لكونه مالكا قريبه (ولا يضمن) لرب المال شيئا من قيمته لعدم صنعه في زيادتها فصار كما اذا ورثه مع غيره (بل يسعى المعتق) بفتح التاء

( فى ) قيمة ( نصيب رب المال ) منه لاحتباس رأس المال ونصيبه من الربح عنده ( ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وقيمتها ) اى الامة ( الف ) فوطئها ( فولدت ولدا يساوى الفا فادعاه ) اى ادعى المضارب الولد حال كونه ( موسرا ) اى فى حال يساره ( فصارت قيمته ) اى قيمة الولد ( الفا ونصفه ) اى خمسمائة ( استسعاه ) اى الغلام ان شاء ( رب المال فى الف وربعه ) اى ربع الالف وهو مائتان وخمسون ( اواعتقه ) اى اعتق رب المال الغلام ان شاء ( فاذاقبض ) رب المال ( الالف ) من الغلام ( ضمن المدعى ) اى المضارب ( نصف قيمة الامة ) وذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه ولده من النكاح بان زوجها البايع له ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لاتنفيذ هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط فيها اذكل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لايزيد على رأس المال لايظهر الربح عندنا لان بعضها ليس باولى به من البعض فلم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ دعوته فاذا زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهر الربح حيث لاينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء فاذا بطل لعدم الملك لاينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر بحرية عبد لغيره يرد اخباره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا كما فى الدرر هذا

## ( باب )

يقرأ بالتنوين وعدمه ( المضارب يضارب ) مع آخر مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفرد ( فان ضارب المضارب ) اى دفع المضارب مال المضاربة الى آخر مضاربة ( بلا اذن ) من رب المال ( فلا ضمان ) على المضارب اذا هلك المال بمجرد الدفع ( مالم يعمل ) المضارب ( الثانى ) فى المال واذا عمل ضمن الدافع ربح الثانى اولا ( فى ظاهر الرواية ) عن الامام ( وهو قولهما وفى رواية الحسن عن الامام لايضمن بالعمل ايضا مالم يربح ) اى الثانى وقال زفر يضمن بالدفع تصرف اولم يتصرف وهو رواية عن ابى يوسف وهو قول الائمة الثلاثة لانه دفع ماله الى غيره بلا امر فيضمن ولنا انه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب

حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به هذا اذا كانت المضاربة الثانية صحيحة ( وان كانت الثانية فاسدة فلاضمان ) على الاول ( وان ) وصلية ( ربح ) الثانى لانه اجير والاجير لايستحق شيئا من الربح فلاتثبت المضاربة وله اجر مثله على المضارب الاول فيكون الربح بين الاول ورب المال على ماشرط له ( وحيث ضمن ) اى حيث لزم الضمان بعمل الثانى فى ظاهر الرواية وبالربح فى رواية الحسن عنه ( فلرب المال تضمين ايهما شاء ) باجماع اصحابنا ( فى المشهور ) من الرواية اى خير رب المال ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لتعديه عليه وان شاء ضمن الثانى لاخذه بغير اذن المالك وان اختار رب المال ان أخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك كما فى المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثانى لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لاعلى الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وكان الربح على ماشرطا وان ضمن الثانى رجع عاضمن على الاول بالعقد لانه عامل له كالمودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ماشرطا ويطيب للثانى ماربح لانه يستحقه بالعمل ولاخبث فى العمل ولايطيب للاول لانه يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولايعرى عن نوع خبث كما فى الهداية ( وقيل على الخلاف فى ايداع المودع ) اى يضمن الاول فقط ولايضمن الثانى عند الامام وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع فان عنده لايضمن وعندهما يخير والفرق بينهما للامام ان مودع المودع كان يقبضه لنفع الاول ولايكون ضامنا اما المضارب الثانى فيعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ( وان اذن ) رب المال ( له ) اى المضارب بالدفع الى آخر ( بالمضاربة فضارب ) المضارب ( بالثلث و ) الحال انه قد ( قيل له ) اى وكان رب المال قال للمضارب الاول ( مارزق الله بيننا نصفان او ) مارزق الله ( فلى نصفه اوما فضل ) من رأس المال ( فنصفان ) فعمل الثانى وربح ( فنصف الربح لرب المال وثلثه للثانى ) اى للمضارب الثانى ( وسدسه للاول ) اى للمضارب الاول لان الدفع الى الثانى مضاربة لانه باذن المالك وقدشرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقدجعل المضارب الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لايقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى للاول السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل ( وان دفع ) المضارب الاول للثانى ( بالنصف ) والمسئلة بحالها ( فنصفه ) اى الربح ( لرب المال ونصفه للثانى ) اى للمضارب الثانى ( ولاشئ للاول ) لان المالك شرط لنفسه جميع الربح فانصرف شرط الاول

النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ لانه لم يبق له ( وان شرط ) الاول ( للثاني الثلثين ) اى ثلثي الربح والمسئلة بحالها ( فكما شرط ) يعنى لرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلثان ( ويضمن ) المضارب ( الاول للثاني سدسا ) اى سدس الربح من ماله لان المالك شرط النصف لنفسه فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق المالك اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس تكملة للثلثين لالتزامه بالعقد ( وان كان قيل له ) اى المضارب الاول يعنى قال له رب المال ( مارزقك الله او ماربحت بيننا نصفان فدفع ) المضارب لآخر مضاربة ( بالثلث ) فعمل الثاني وربح ( فلكل منهم ) اى لكل واحد من المالك والمضارب الاول والثاني ( ثلثه ) لان ثلث الربح مشروط للثاني ومابقي من الربح ثلثان وهو مرزوق للاول فنصف الثلثين هو الثلث لرب المال على ماشرط ولا يبقى للاول الا الثلث ويطيب لهم ايضا ( وان دفع ) المضارب لآخر مضاربة ( بالنصف ) فى هذه الصورة ( فللثاني نصف ) الربح ( ولكل من ) المضارب ( الاول ورب المال ربع ) الربح لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ماربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ( ولو شرط ) المضارب ( لعبد رب المال ثلثا ) من الربح ( ليعمل ) العبد ( معه ) اى مع المضارب ( و ) شرط ( لرب المال ثلثا ) من الربح ( ولنفسه ثلثا صح ) ذلك لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم من المالك سواء عليه دين اولا لان للعبد يدا معتبرة فيكون منفردا خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له فتكون حصته للمولى ان لم يكن على العبد دين والا فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى قوله معه عادى وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون للمولى وان لم يشترط عمله قيد بعبد رب المال لان عبد المضارب اوشرط له شئ من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ماشرط لرب المال اذا كان على العبد دين والا يصح سواء شرط عمله اولا ويكون للمضارب وقيد بكون العاقد المولى لانه لوعقدها المأذون مع اجنبي وشرط عمل مولاه لم يصح ان لم يكن عليه دين وهو الاصح عند الامام خلافا لهما وقيد باشتراط عمل العبد لان اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع الثاني ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج اوفى الرقاب لم يصح ويكون لرب المال ولو شرط لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه اولرب المال صح وان شاءه لاجنبي لم يصح

كما في البحر ( وتبطل ) المضاربة ( بموت احدهما ) اى بموت المالك او المضارب لكونها وكالة وهى تبطل به ولا يورث ( و ) تبطل ايضا ( بلحاق رب المال ) بدار الحرب حال كونه ( مرتدا ) العياذ بالله تعالى اذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه الى ورثته فلم يتصرف المضارب بعد ذلك في المال الا اذا كان ماعا او عروضا فبيعه وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال قيد بلحوقه لانه لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف فان عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها كما في البحر بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب لكن ينبغي ان يكون هذا اذا لم يحكم بلحوقه اما اذا حكم فلا تعود المضاربة لانها بطلت كما هو ظاهر كلام الاتقاني لكن في المنابة تعود سواء حكم بلحاقه اولا ( لا ) تبطل المضاربة ( بلحاق المضارب ) اجماعا لان تصرفات المرتد انما تتوقف عند الامام للتوقف في املاكه ولا ملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضاربة على حالها فان مات اوقتل اولحق وحكم بلحوقه بطلت المضاربة كما في السراج ( ولا ينعزل ) المضارب ( بعزله ) اى بعزل رب المال اياه ( ما لم يعلم ) المضارب ( به ) اى بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله ( فان علم ) المضارب بعزله ( والمال عروض فله ) اى للمضارب ( بيعها ) اى العروض مطلقا لان له حقا في الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك ( ولا يتصرف في ثمنها ) اى في ثمن العروض التي باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة ليظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النقد ولا يملك المالك فسخها في الحالة لان للمضارب حقا في الربح كما في البحر ( وان كان ) مال المضاربة ( نقدا من جنس رأس المال ) اى مال عقد المضاربة حين علمه بعزله ( لا يتصرف ) المضارب ( فيه ) اى النقد لعدم الحاجة اليه وهو معزول ( وان ) كان المال ( من غير جنسه ) اى غير جنس رأس المال ( فله ) اى للمضارب ( تبديله بجنسه ) اى اذا كان رأس المال دراهم وهو معزول ومعه دنانير له بيعها بالدراهم ( استحسانا ) لان الواجب للمضارب ان يرد مثل رأس المال وهو يتحقق برد جنسه فكان له تبديله بجنسه ضرورة وفي القياس لا يبدل لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية ( ولو افترقا ) اى المضارب ورب المال بالفسخ ( و ) كان ( في المال ديون على الناس لزمه ) اى المضارب ( الاقتضاء ) اى مطالبة الدين شرعا ( ان كان فيه ( ربح ) لانه يأخذ الاجر فعليه عمل الطلب ( والا ) اى وان لم يكن فيه ربح ( فلا ) يلزم الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع فلا يجبر على

المتبرع ( ويوكل ) المضارب ( المالك به ) اى بالاقتضاء لان المضارب هو العاقد وحقوق العقد تتعلق لعاقد فلابد من توكيله المالك فى الطلب اذا امتنع كيلا يضيع حق رب المال حيث لايدفع المديون الدين اليه وانما يدفعه الى من عقد معه اوالى وكيله ( وكذا ) اى مثل هذا حكم ( سائر الوكلاء ) فانهم اذا امتنعوا عن الاقتضاء يوكلون الملاك ( والبياع ) من باع الناس باجر ( والسمسار ) بالكسر المتوسط بين البائع والمشترى يبيع ويشترى للناس باجر من غيران يستأجر ( يجبران عليه ) اى على الاقتضاء لوجود سبب الاجبار وهو العمل باجرة عادة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليهما التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليهما بدل عملهما فصارا كالمضارب اذا كان فى المال ربح ( وماهلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا ) دون رأس المال لانه تابع ورأس المال اصل فينصرف الهالك الى التابع كما فى مال الزكوة الى العفو ابتداء ( فان زاد ) الهالك ( على الربح لايضمن المضارب لكونه امينا سواء كان من عمله اولا ويقبل قوله فى هلاكه وان لم يعلم ذلك كما قيل فى الوديعة وسواء كانت المضاربة صحيحة اوفاسدة فهى امانة عند الامام وعندهما ان كانت فاسدة فالمال مضمون كما فى المنح وهو قول الطحاوى لكن ظاهر الرواية عدم الضمان فى الكل كما قررناه فى قوله ولايضمن المال فيها ( فان اقتسماه ) اى المضارب والمالك ( الربح وفسخت ) المضاربة ( ثم عقدت المضاربة جديدا ( فهلك المال او بعضه ) فى يد المضارب ( لايترادان ) اى المضارب والمالك ( الربح ) المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانى لايوجب انتقاض الاول كما لودفع اليه مالا آخر ( وان اقتسماه من غير فسخ ) ثم هلك المال كله او بعضه ( ترادّاه ) اى المضارب والمالك الربح المقسوم ( حتى يتم رأس المال ) لان الربح تابع فلايسلم بدون سلامة الاصل ( فان فضل شئ ) من الربح بعد مااستوفى رأس المال ( اقتسماه ) اى مافضل لانه ربح ( وان لم يف ) اى الربح ماهلك من رأس المال ( فلاضمان على المضارب ) لانه امين فيه

( فصل )

فى المتفرقات ( ولاينفق المضارب من مالها ) اى مال المضاربة ( فى مصره ) الذى ولد فيه ( اوفى مصر اتخذه دارا ) اى وطنا اذ لايحتبس فيه لعمل المضاربة بل يسكن فيه بالسكنى الاصلى عمل اولم يعمل قيد باتخذه وطنا لانه لونوى الاقامة فى مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة ( ولا )

ينفق (في) المضاربة (الفاسدة) لانه اجير ولا نفقة له (فان سافر) المضارب
للتجارة في المضاربة (فطعامه وشرابه من مالها) اي مال المضاربة لان النفقة
تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب
مؤنته الراتبة فيه خلافا للشافعي (بالمعروف) اي بحيث لا يعد مثل هذا
الانفاق في عرفهم اسرافا (وكذا كسوته) بالمعروف (وركوبه شراء واستئجارا)
وعلف الدابة التي ركبها في سفره وحوائجه والركوب بالفتح المركوب
(وكذا اجرة خادمه) اي خبازه وطابخه وغاسل ثيابه وعامل ما لا بد له منه
اعتبارا لعادة التجار (وفراش ينام عليه وغسل ثيابه) مستدرك بقوله وخادمه
الا ان يراد به ثمن ما يغسل به مثل الحرض والصابون كما في الكفاية (وكذا الدهن)
بفتح الدال وسكون الهاء بمعنى الادهان (في موضع يحتاج اليه فيه) الدهن
كالحجاز وكذا اجرة الحمام والحلاق ودهن السراج والحطب وانما قلنا
اعتبارا لعادة التجار لان غسل الثياب ونحوه ليس مما لا بد له منه فكان ينبغي
ان لا يكون من مال المضاربة كاجرة الحجام ولكن في عادة التجار لا بد منه لازدياد
رغبات الناس في معاملتهم ولا يعد ذلك من عداد المفلس (وضمن)
المضارب (ما كان زائدا على العادة) لانتهاء الاذن (ونفقته) اي المضارب
(في مصره من ماله) لما مر انها جزاء الاحتباس هذا تصريح بما علم ضمنا قوله
ولا ينفق المضارب من مالها في مصره ولو اقتصر لكان اخصر (كالدواء)
فانه من ماله في ظاهر الرواية لان الحاجة الى النفقة دائمة بخلاف الدواء لانه
قد يعرض وقد لا يعرض فلا يعد من جملة النفقة سواء كان في السفر والحضر
فيكون من ماله كزوجة يكون دواؤها من مالها وعن الامام ان الدواء من مال
المضاربة لانه لا يتمكن من التجارة الا به فيصير كالنفقة (ويرد ما بقي من كسوة
وغيرها) كالطعام ونحوه (اذا قدم) من السفر الى مكانه (الى رأس المال)
لانتهاء الاستحقاق بانتهاء السفر (وما دون السفر كسوق المصر) في كون
نفقته في ماله لا في مال المضاربة (ان امكنه ان يغدو ويبيت في اهله) لان اهل
السوق يتجرون في اسواق المصر ويبيتون في منازلهم مع ان ذهابهم وايابهم
لمصالح نفسهم لا لغير (والا) اي وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله (فكالسفر)
في كون نفقته في مال المضاربة لا في مال نفسه لان ذهابه قد صار للمضاربة
(نفيا واثباتا وليس للمستبضع الانفاق من مالها) اي من مال البضاعة لانه كالوكيل
فيكون متبرعا فلا تجب له النفقة (ويؤخذ ما انفقه المضارب من الربح اولا)
يعني ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ المالك من الربح مقدار
ما انفقه المضارب من رأس المال ليكمل رأس المال (وما فضل) من الربح

(قسم) بينهما على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح لا الى رأس المال وفيه اشارة الى انه ان لم يربح تجب النفقة من رأس المال كما فى الفرائد ولو انفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال (وان سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة) اوخلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال (او) سافر (بمالين لرجلين انفق بالحصة) اى توزع النفقة على قدر الحصص من المال (وان باع) المضارب (متاع المضاربة مرابحة يحسب ما انفقه) اى المضارب (عليه) اى على المتاع (من) اجرة (حمل ونحوه) مما جرت العادة بين التجار بضمه كاجرة السمسار والقصار والصباغ وقال قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها رأس المال فى بيع المرابحة فلهذا قال فى التنوير وكذا يضم الى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة او حكما او اعتاده التجار وهذا هو الاصل كما فى النهاية (لا) يحسب (نفقة نفسه) اى المضارب فى سفره اذا باع مرابحة لانها لا تزيد فى القيمة (ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة بزا وباعه) اى البز (بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا) اى الالفان (فى يده) اى المضارب (قبل نقدهما) اى الالفين (يغرم) المضارب (ربعهما) اى ربع الالفين وهو خمسمائة (و) يغرم (المالك الباقى) وهو الف وخمسمائة لان المال لما صار الفين ظهر الربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه للمالك ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على المالك (وربع العبد للمضارب وباقيه) وهو ثلثة ارباعه (للمضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب (الفان وخمسمائة) لانه دفع اليه مرة الفا واخرى الفا وخمسمائة (ولا يبيعه) اى المضارب العبد (مرابحة الا على الفين) ولا يقول قام على بالفين وخمسمائة اذ الشراء وقع بالفين فلا تضم الوضيعة التى وقعت بسبب الهلاك فى يد المضارب (فلو بيع) العبد المذكور بعد ذلك (باربعة آلاف لحصة المضاربة ثلثة آلاف) بعد رفع المضارب حصته وهى الالف لانه لما ضمن ربع العبد كان ربعه ملكه خاصة فالالف ربعه لكون ثمنه اربعة آلاف ثم يرفع منهما رأس المال وهو الفان وخمسمائة (والربح منها خمسمائة بينهما) اى بين المضارب والمالك فتكون حصة كل منهما خمسين

وما يتبعه (ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف
لا يبيعه) المضارب العبد (مرابحة الا على خمسمائة) ولا يقول قام على بألف
لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله
فيكون كالمعدوم وكذا لو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا
بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع
الجاري بينهما كالمعدوم (ولو اشترى مضارب بالنصف بألف المضاربة عبدا
يعدل) اى تساوي قيمته (ألفين فقتل) ذلك العبد (رجلا) قتلا (خطأ)
فامر بالدفع او الفداء فاذا دفع العبد الى ولي المقتول انتهت المضاربة بهلاك
مالهما بالدفع بلا بدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما خروج حصة
المضارب فلتقرر ملكه في العبد بالفداء فصار كالقسمة واما خروج حصة
المالك فلسلامة الحصة له بضمان الفداء (فربع الفداء عليه) اى المضارب
(وباقيه) وهو ثلاثة ارباعه (على المالك) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره
وقد كان الملك بينهما ارباعا فكذا الفداء (واذ فدى) على بناء المجهول يعني
اذا فديا صار العبد لهما ولكن (خرج عن المضاربة) فبقي ارباعا (فيخدم المضارب
يوما والمالك ثلاثة ايام) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كانهما اشترياه
ولو اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله الفداء ثم اعلم
ان العبد المشترى في المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب
والمالك سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر وكذا لو كانت قيمته الفا
لا غير لا يدفع الا بحضرتهما والحاصل انه تشترط حضرة المالك والمضارب
للدفع دون الفداء الا اذا ابى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب
المال دفعه لنفسه فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد الف درهم ففداه الحاضر
كان متطوعا كما في البحر وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء
وحده لانه ليس من احكام المضاربة فيما كان اليهما (ولو اشترى بالف المضاربة
عبدا وهلك الالف قبل نقده) اى قبل دفعه الى البائع (دفع المالك الثمن)
يعني الفا آخر (ثم) اذا دفع المالك الفا آخر ليدفعه وهلكت قبل النقد
(يدفع اليه نقدا آخر) وثم كذلك الى ما لا يتناهى حتى يصل الثمن الى البائع
لان هلاك الامانة كهلاكها في يد المالك (وجميع ما دفع) المالك من الالفين
والثلاثة والاكثر (رأس المال) لان المال في يد المضارب امانة دون استيفاء
لان حكم الامانة ينافيه وليس فيه تضييع حق رب المال لانه يلحق برأس المال
بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة
فان قبضه بعد الشراء استيفاء فصير مضمونا عليه فلا يرجع على الموكل مرة

اخرى ( ولوكان مع المضارب الف فقال ) المضارب لرب المال ( دفعت الى الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الالفين فالقول للمضارب ) وقال زفر القول لرب المال وهو قول الامام اولا لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لانهما اختلفا فى المقبوض والقول فى مقداره للقابض واو ضمينا اعتبارا عيا وانكر اصلا فان القول له ( ولواختلفا مع ذلك ) اى مع الاختلاف فى رأس المال ( فى قدر الربح فللمالك ) اى فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط لان الربح يستحق بالشرط وهو مستفاد من جهته فايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال والبينة بينة المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح ( ولوقال من معه الف قدربح فيها ) الجملة حال اوصفة الف ( هى مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة ) ابضعته لك ( فالقول لزيد ) لان من معه الف يدعى عليه تقويم عمله اوشرطا من جهته اوالشركة فى ماله وهو ينكر فالقول قول المنكر ( وكذا لوقال ذواليد هى قرض وقال زيد ) بل ( بضاعة اووديعة اومضاربة ) يكون القول لزيد وهو رب المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه تملك الربح وهو ينكر ولوكان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب لان رب المال يدعى عليه الضمان وهو ينكر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة رب المال اولى لانها مثبتة للضمان ( ولوقال المضارب ) لرب المال ( اطلقت وقال المالك عينت ) نوعا من التجارة ( فالقول المضارب ) مع يمينه لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يصير لعارض الشرط وتقبل بينة من اقامها فان اقاماها فان وقتا وقتا قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة وان لم يوقتا اووقتا على السواء اووقت احديهما دون الاخرى قضى بينة رب المال كما فى البحر ( ولوادعى كل ) اى كل واحد من المال والمضارب ( نوعا ) مغاير الما يدعيه الاخر ( فللمالك ) اى القول للمالك مع يمينه لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول كما فى الهداية فان قلت ان البينة للاثبات لا للنفى واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فاقام صاحب الهداية اللازم مقام الملزوم وفى المنح وان لم يوقت اووقتا على السواء اووقت احديهما دون الاخرى فالبينة للمالك وان كان المالك يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كما فى الذخيرة

## ( كتاب الوديعة )

الاخفاء في اشتراكهما مع ماقبلها في الحكم وهو الامانة وهي في اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات اى عن تركها يقال له مودع بفتح الدال وتاركها مودع بكسرها وفي الشريعة (الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله) صريحا اودلالة لما قال في المحيط لوانفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالة وان لم ياخذه ولم يدن منه لايضمن وان كان المالك حاضرا لايضمن في الوجهين (والوديعة مايترك عند الامين للحفظ) مالا كان اوغيره وركنها الايجاب صريحا كقوله اودعتك هذا المال اوكناية كما لوقال الرجل اعطني الف درهم اوقال رجل اعطيته فقال اعطيتك فهذا على الوديعة كما في المنح اوفعلا كما لووضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيأ فهو ايداع امالوقال لم اقبله لم يضمن بالهلاك لان الدلالة لايعارض بالصريح والقبول من المودع صريحا قوله قبلتها ونحوه اودلالة كما لوسكت عند وضعه بين يديه لما قال في الخلاصة لووضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع وان قام واحد بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين الضمان ولهذا لووضع ثيابه عرآى الثيابي كان ايداعا وان لم يتكلم ولايكون الحمامي مودعا مادام الثيابي حاضرا فان كان غائبا فالحمامي مودع ولوقال لصاحب الخان اين اربطها فقال هناك كان ايداعا وفي البزازية لبس ثوبا عرآى الثيابي فظن الثيابي انه ثوبه فاذاهو ثوب الغير ضمن هو الاصح ولونام الحمامي وسرق الثوب ان نام قاعدا لايضمن وان مضطجعا يضمن وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى لواودع الطير الآبق في الهواء والمال الساقط في البحر لايصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لواودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولوكان عبدا محجورا ضمن بعد العتق كما سيأتي ولوكانت الوديعة عبدا فقتله الصبي ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين الدفع والفداء وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة في يده ووجوب ادائه عند طلب مالكه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لايكون الا بعدها وبالسنة لانه عليه السلام كان يودع ويستودع وبالاجماع على ان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقوله عليه السلام والله في عون العبد مادام العبد في عون اخيه (وهي) اى الوديعة (امانة) الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص لان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص

صحيح دون العكس كما يقال الانسان حيوان ولا يقال الحيوان انسان فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة ما يقع في يده من غير قصد بان هبت الريح بثوب انسان والقته في حجر غيره وفي الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف كما في النهاية والكفاية وقال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر في احديهما القصد وفي الاخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص والاولى ان يقال والامانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد بقوله والامانة ما يقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد لان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هي اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط والامانة قد تكون بالقصد وبغيره تدبر وما في العناية من انه قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد فيه كلام وهو ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منها الا ان التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والامانة عين من الاعيان فيكونان متباينين والاولى ان يقول والوديعة ما تترك عند الامين كما في هذا المختصر ( فلا يضمن ) اي لا يضمن المودع الوديعة بغير تعد ( بالهلاك ) سواء امكن التحرز عنه او لا هلك معها للمودع شئ او لا لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها ولو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح واشتراط الضمان على الامين باطل وبه يفتى كما في اكثر المعتبرات واستثنى صاحب الدرر فقال الا ان يموت المودع مجهلا اي لم يبين حال الوديعة فانه حينئذ يكون متعديا فيضمن وكذا الامناء اي كل امين مات مجهلا لحال الامانة يضمن الا متوليا اخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين بعض الوديعة ومات مجهلا اي بلا بيان المودع وقاضيا اودع مال اليتيم ومات مجهلا بلا بيان المودع انتهى لكن الاولى الموافق لما في الخلاصة واودع بعض الغنيمة بعض الناس لكن الانحصار على الثلثة لا يليق لان الوصي اذا مات مجهلا فلا ضمان عليه وكذا الاب اذا مات مجهلا مال ابنه وكذا اذا مات الوارث مجهلا ما اودعه عند مورثه وكذا اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته وكذا اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه وكذا اذا مات الصبي مجهلا لما اودع عنده محجورا وكذا لو مات احد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذي في يده لم يضمن نصيب شريكه ( وللمودع ان يحفظها ) اي الوديعة ( بنفسه ) في داره ومنزله وحانوته ولو باجارة او عارية ( وعياله ) من زوجته وولده ووالديه واجيره للمساكنة سواء كانوا في نفقته او لا وكذا لو حفظت الزوجة الوديعة زوجها فضاعت لا تضمن الزوجة لانه ساكن معها بلا نفقة منها والمراد من الاجير التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة او مشاهرة بشرط ان يكون

طعامه وكسوته عليه وولده الكبير ان كان في عياله دون الاجير المياومة وعند
الشافعي وليث هب المالكي يضمن بالدفع وشرط كون من في عياله امينا فلو دفع
الى زوجته وهي غير امينة وهو غير عالم بذلك اوتركها في بيته الذي فيه ودايع
الناس وذهب فضاعت ضمن كما في الخلاصة (وله) اي للمودع (السفر بها)
اي بالوديعة (عند عدم النهي) عن المالك (والخوف) على الوديعة
بالاخراج بان كان الطريق امينا لا يقصده احد بسوء غالبا ولو قصده يمكنه
دفعه بنفسه او برفقته هذا عند الامام سواء كان له حمل ومؤنة اولا لان الامر مطلق
فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان واما اذا قال احفظها في هذا المصر ولا تخرجها
منه فان كان سفرا له بد منه ضمن وان كان سفرا لا بد منه ان كان في المصر
من في عياله فكذلك لانه امكنه تركها في اهله والالم يضمن واما لوسافر
بها في البحر اجماعا (خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة) لان الظاهر من
حال صاحبها انه لا يرضى به فيتقيد لكن قيل عند ابي يوسف
اذا كان السفر بعيدا فليس له ذلك فيما له حمل ومؤنة وعند محمد ليس له السفر
بها بعيدا كان اوقريبا فيما له حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في
الوجهين (وان حفظها) اي المودع الوديعة (بغيرهم) اي بغير من في عياله
فضاعت (ضمن) المودع اوذلك الغير كما في القهستاني لان صاحبها لم يرض
بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولكن روى عن محمد ان المودع اذا دفع
الوديعة الى وكيله وليس في عياله اودفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله
وليس في عياله لا يضمن وفي النهاية وعليه الفتوى ثم قال وعن هذا لم يشترط
في الهداية في حفظ الوديعة بالعيال (الا اذا خاف) المودع (الحرق) بان وقعت
نار والعياذ بالله تعالى في داره فخاف هلاك الوديعة (او) خاف (الغرق)
كذلك (فدفعها) اي الوديعة (الى جاره) في صورة الحرق (او) دفعها
(الى سفينة اخرى) في صورة الغرق فضاعت لا يضمن لانه لا يمكنه ان يحفظها
في هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار مأذونا فيه دلالة ولهذا قال في الخلاصة
امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها الى جارة لها فهلكت عندها
ان لم يكن وقت وفاتها حضرتها احد في عيالها لا يضمن وفي التبيين هذا
اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عيالها وان امكنه ان يحفظها في ذلك
الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لاضرورة له فيه وكذا لو القاها
في سفينة اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء اوبالتدحرج
يضمن لان الاتلاف حصل بفعله وفي المنح ان ادعى المودع التسليم الى جارة
اوالى فلك آخر صدق ان علم وقوع الحرق او الغرق بينة وان لم يعلم لا يصدق

( فان طلبها ) اى الوديعة ( ربها فحبسها ) اى حبس المودع الوديعة ( و ) الحال ( هو قادر على تسليمها ) اى الوديعة ( صار غاصبا ) فيضمن ان ضاعت لوجود التعدى منه وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه وفيه اشارة الى انه لو استردها فقال لم اقدر ان احضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لانه بالترك صار مودعا ابتداء والى انه لو استردها فقال اطلبها غدا فلما كان من الغد قال هلكت لم يضمن ان هلكت قبل قوله اطلبها كما فى القهستانى اوالى انه لو طلب وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان كان مدفونا مع ماله لا يضمن كما فى شرح المجمع ( وكذا ) يضمن ان هلكت ( لو طلبها ) صاحبها ( وجحده ) اى جحد عند مالكها على حذف المضاف بقرينة مقابله وهو قوله بخلاف جحدها عند غيره ( اياها ) اى الوديعة بان قال لم تودعنى ( وان ) وصلية ( اقر بعده ) اى بعد الجحود لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ( بخلاف جحدها ) اى الوديعة ( عند غيره ) اى غير المودع فانه لا يضمن وقال زفر يضمن لان بالجحود صار غاصبا فيضمن ولنا ان انكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفا عليها من طمع طامع فلا يكون موجبا للضمان بخلاف حضرته وفيه اشارة الى انه لو قال له ما حال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها لاضمان عليه والى ان المودع او ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت لا يضمن كما فى الخلاصة والى ان يكون الوديعة منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود عند الشيخين خلافا لمحمد كما فى التبيين وفى البحر هذا اذا نقلها من مكانها وقت الانكار لانه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لاضمان عليه وقال صاحب المنح ولو جحد الوديعة ثم ادعى ردها بعد ذلك و برهن على الرد قبل برهانه و برئ منها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود او نسيت او ظننت انى دفعتها وانا صادق فى قولى لم يستودعنى فان بينته تقبل فى قول الشيخين وفى الاقضية لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد والهلاك لا يصدق ولو قال ليس له على شئ ثم ادعى الرد او الهلاك يصدق وتمامه فيه فليطالع ( وان خلطها ) اى المودع الوديعة ( بماله ) بغير اذن المالك لانه ان خلطها باذنه كان شريكا فيه ( بحيث لا يتميز فان ) خلطها ( بجنسها ) كخلط الحنطة بالحنطة فى غير المائع واللبن باللبن فى المائع ( ضمن ) المودع لانه صار مستهلكا لها واذا ضمنها ملكها ( وانقطع حق المالك منها ) اى من الوديعة ( فى المائع وغيره عند الامام ) لكن قالوا لا يباح له التناول قبل اداء الضمان قيد بكون المودع هو الخالط لانه لو كان اجنبيا او من فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا كان او كبيرا

ونحوه حتى لو هلك بلا صنعه (وعندهما في خلط الجنس للمالك ان يشركه
ان شاء) لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه آخر لانه تعذر وصول
المالك الى عين ماله حكما بالتعذر لا حقيقة في مكان او يوزن اقرار مقدار حقه وله
ان الخلط استهلاك من كل وجه لتعذر وصول المالك الى عين ماله حقيقة فينقطع
حق المالك على الخالط والقسمة انما تكون في عين حقه لا وصله الى
الانقطاع ضرورة (وكذا) للمالك ان يشركه (في المائع) ان شاء (عند
محمد) لان الجنس لا يغلب الجنس (وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر
فيه) اعتبارا للغالب اجزاء وفي التسهيل اعراض ولم يذكر قول الائمة الثلاثة
والخلط الجنس لا يمكن (وان خلطها امر حادث) [illegible] ترتيب الشرح
(ضمن المودع واشتركا في المالك اجماعا) لان هذا [illegible] ولانه حقه [illegible]
الضمان بالاجماع وهذا اشارة الى انه لو خلط على وجه يتميز لم يضمن (وان اختلطت)
وديعة على المودع (بلا صنعه) اي المودع (اشتركا) اي المودع والمودع
(اجماعا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد وكان شركه ملك
وانه للشركة مادام التعيين (وان تعدى) المودع (فيها) اي الوديعة
(بان كان ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه) او نحو ذلك (ضمن)
لانه استهلاك معنى (فان زال التعدي) بان نزع اللبس او الركوب او الاستخدام
مثلا (زال الضمان) وعند الائمة الثلاثة لا يزول لان حكم الوديعة ارتفع
بالتعدي فلا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد ولم يبرأ عن الضمان
ولنا ان الشيء انما يبطل بما ينافيه ولا تنافي لبقاء الايداع ولذا صح الامر
بالحفظ مع الاستعمال ابتداء فاذا زال عاد حكم العقد وفي البحر انه يزول الضمان
حيث يعزم ان لا يعزم على العود الى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا
ومن عزمه ان يلبسه نهارا ثم سرق الا لا يبرأ عن الضمان وفي المنح ان المودع
اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك
في العود وان كذبه لا يبرأ لان [illegible] على [illegible] الوفاق (بخلاف
المستعير والمستأجر) فانهما اذا [illegible] ثم ازالاه لا يزول الضمان لان قبضهما
كان لانفسهما لاستيفائهما المنافع فما ازالة التعدي عن العين لم توجد الرد
الى صاحبها بخلاف المودع فان يده كيد المالك حكما لكونه عاملا في الحفظ
له فكان [illegible] (وكذا) زال الضمان (او اودعها) اي الوديعة
(ثم استردها) [illegible] (وانفق) المودع (بعضها) اي الوديعة (فهلك
الباقي ضمن ما انفق فقط) ولا يضمن كلها لان الضمان يجب [illegible] وقد
حال في البعض دون البعض [illegible] قوله في الانفاق [illegible] (و [illegible] مثله

وخلطه بالباقي ضمن الجميع ) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه
الذى تقدم كما فى الهداية يعنى عند الامام وعندهما ان شاء شركه وان شاء يضمن
وعند الائمة الثلاثة يضمن ما انفق فقط قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض
الوديعة لينفقه فى حاجته فرده الى موضعه ثم ضاعت فلا ضمان عليه وتمامه فى
المنح فليراجع ( واو تصرف فيها ) اى الوديعة ( فربح يتصدق به ) اى بالربح
عند الطرفين ( وعند ابى يوسف يطيب له ) الربح اذا ادى الضمان اوسلم عينها
بان باعها ثم اشتراها ودفع الى مالكها ودليل الطرفين بين فى البيع
( وان اودع اثنان من واحد شيئا لايدفع ) الواحد ( الى احدهما )
اى الى احد الاثنين ( حصته بغيبة الاخر ) فان دفع ضمن نصفه ان هلك
عند الامام سواء كان مثليا اوغير مثلى فى المختار لان هذا الدفع يوجب القسمة
والمودع مأمور بالحفظ لا بالقسمة ( خلافا لهما ) فى المثلى لان معنى الافراز
فيه غالب كما ان معنى المبادلة فى غير المثلى غالب ولذا لايجوز له الدفع فيه ويجوز
فى المثلى وفيه اشارة الى انه لايجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره
بدفع نصيبه اليه فى قول الامام والى انه لو دفع اليه لايكون قسمة اتفاقا حتى
اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته والى انه أخذ حصته منها
اذا ظفر بها والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لايضمن كما فى المنح ( وان اودع )
واحد ( عند اثنين ما يقسم ) اى ما يمكن قسمته كالدراهم والدنانير ( اقتسماه )
المودعان ( وحفظ كل ) واحد منهما ( حصته ) لانه يمكن الاجتماع على
حفظها وحفظ كل واحد منهما النصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت
بالنص ( فان دفع احدهما كله الى الاخر ضمن الدافع ) عند الامام
وكذا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر ما يمكن
قسمته لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزى تناول
البعض لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر ولم يرض المالك به يضمن
( لا ) يضمن ( القابض ) لان مودع المودع لايضمن عنده ( وعندهما
لكل ) واحد منهما ( حفظ الكل ) اى كل الوديعة ( باذن الاخر ) لانه
رضى بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه ( وان )
كان ما اودع عند الاثنين ( مما لا يقسم ) اى مما لايمكن قسمته كالعبد او مما تعيب
بالقسمة كالثوب ( حفظه ) اى ما لا يقسم ( احدهما باذن الاخر اجماعا ) لان
المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل ( وان نهى )
اى نهى المالك المودع ( عن دفعها ) اى الوديعة ( الى عياله ) فدفع المودع
( الى من نهاه و ) كان ( له منه بد ) وعدم احتياج اليه كدفعه الخاتم الى

عبده مع انه اهلا سواء ( ضمن ) ان هلك ( وان ) دفعها ( الى من لابد ) اى لافراق له ( منه كدفع الدابة الى عبده ) كدفع ( شئ يحفظه النساء الى زوجته لايضمن ) ان هلك لان الوديعة مما يحفظ بيده اوبايدى عياله فى بيته فنهى المالك يعتبر ان كان النهى مفيدا والا يتم الحفظ المطلوب كما لوقال لاتدفع الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح نهيه لانه لابد له من الدفع وان كان له عيال غيره فدفعه الى من نهى عن دفعها اليه ضمن وعند الائمة الثلثة لوكان الاخير دون الاول يضمن والا فلا ( وان امر ) اى امر المالك المودع ( بحفظها ) اى الوديعة ( فى بيت معين من دار ) المودع ( فحفظها فى غيره ) اى حفظ المودع فى بيت آخر ( منها ) اى من هذه الدار وكانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ ( لايضمن ) المودع لانه لايمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فلايعتبر الشرط ( الا ان كان فيه ) اى فى البيت الآخر ( خلل ظاهر ) بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه مكشوف يخوف منه فان الشرط معتبر حينئذ فيضمن لكون المعين احرز من الاخر ( وان امر بحفظها فى دار فحفظ فى غيرها ) اى فى غير تلك الدار ( ضمن ) لتفاوت الدارين فى الاغلب فيفيد امره ( ولواودع المودع ) غيره ( فهلكت ) الوديعة ( ضمن المودع ( الاول فقط ) عند الامام لان الثانى قبض المال من يد امين اذ بالدفع لايكون ضمينا مالم يفارقه لحضور رأيه فاذا فارقه فقد ترك الحفظ اللازم بالتزام فيضمن بتركه والثانى مداوم على الحفظ ولم يوجد منه صنع فى هلاك المال فلايلزمه الضمان ( وعندهما ) وعند الائمة الثلاثة ( ضمن اياشاء ) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول خان بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه ( فان ضمن ) المالك المودع ( الثانى رجع ) اى الثانى ( على الاول ) لانه عامل له بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ( لا ) يرجع ( بالعكس ) اى ضمن المالك المودع الاول لايرجع الاول على الثانى لانه ملك بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه ( ولواودع الغاصب ) المغصوب عند غيره ( ضمن ) المغصوب منه ( اياشاء ) من الغاصب ومودعه ( اجماعا ) لان الثانى صار مثل الاول فى التلق منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم ان المودع غاصب فضمن رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى ابواليسر انه لايرجع واليه اشار شمس الائمة ( ولواودع عند عبد محجور ) لان العبد المأذون باخذ الوديعة يضمن فى الحال اتفاقا ( شيئا فاتلفه ) اى اتلف العبد ذلك الشئ ( ضمنه بعد عتقه ) عند الطرفين ( وان )

اودع ( عند صبى ) يعقل ( فالفه فلاضمان اصلا ) لاحالا ولابعد البلوغ عند الطرفين لان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ اما الصبى فلايصح التزامه اصلا فصار المالك كانه اذن باتلافه واما العبد فالتزامه لم يصح فى حق المولى نظرا ولايضمن فى الحال وصح فى حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق كامر ( وقال ابو يوسف يضمنان ) اى العبد والصبى ( للحال ) فيباع العبد فيه لان محجوريتهما فى الاقوال فقط ولهذا لواستهلكا عينا قبل الايداع يضمنان هذا باتلافهما امالو تلفت فى ايديهما لايضمنان اتفاقا ولواتلفا ما اودع عند الاب والمولى يضمنان اتفاقا وانما قلنا عند صبى يعقل لانه اذا كان لايعقل لايضمن اتفاقا كذا ذكره فخر الاسلام وغيره وفى المحيط ظن بعض مشايخنا ان الخلاف فى صبى يعقل وليس الامر كما ظنوا بل الخلاف فى كل واحد وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة كما فى شرح المجمع ( وان دفع العبد الوديعة الى مثله ) اى الى عبد محجور ( فهلكت ) عند الثانى ( ضمن الاول ) اى وللمالك ان يضمن العبد الدافع ( بعد العتق ) فلايضمن الثانى عند الامام لانه مودع المودع ( وعند ابى يوسف ضمن ايهما شاء للحال ) اى يخير المالك فى التضمين لان الاول متلف بالدفع والثانى متعد بقبضه بلااذن كامر آنفا ( وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق ) لانه مع الامام فى ايداع العبد المحجور ( وان ضمن الثانى فللحال ) لان ضمانه ضمان فعل بقبضه ملك الغير بغير اذنه فلزمه فى الحال وفى شرح المجمع محل الخلاف اذا دفع العبد الاول الى الثانى فانه لوامر الاول الثانى بقبضه فقبضه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا وفى رواية عن محمد ان الثانى يضمن بعد العتق ( ومن معه الف ) درهم ( فادعى كل ) واحد من اثنين ( ايداعها ) اى الالف ( عنده ) اى عند من ( فنكل ) عن الحلف ( لهما ) اى لكل واحد منهما على الانفراد بعد ان استحلفاه ( فهى ) اى الالف ( لهما ) للاثنين ( وضمن لهما ) اى للاثنين ( مثلها ) اى مثل الالف لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلاشئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخرى لاقراره لهما وللقاضى ان يبدأ ايهما شاء بالتحليف والاولى القرعة وفى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ولاقيمتها لانه لما اقر بها للاول ثبت الحق فيها له فلايفيد اقراره بها للثانى فلواقتصر على الاول لكان صادقا وفى البحر لوقال اودعنيها احدهما ولاادرى ايهما فان اصطلحا على اخذها بينهما فلهما ذلك ولاضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح والا فان ادعاها

كل واحد احدهما ليس له ذلك لان المقر له مجهول ولكل ان يستحلفه فان حلف قطع دعواهما وان نكل فكمسئلة الكتاب وكذا لو قال علي الف لهذا او لهذا وفي التنوير دفع الى رجل الفا وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن كما لو قال له احمل الى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم قال للمودع ادفع الوديعة الى فلان فقال دفعت وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المودع مع يمينه قال لا ادري كيف ذهبت لا يضمن على الاصح كما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت وفي المنح قال لا ادري دفنت في داري او في موضع آخر يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قد سرقت الوديعة من المكان المدفون فيه لا يضمن وفي العدة اذا دفن الوديعة في الارض ان جعل هناك علامة لا يضمن والا ضمن وفي المفازة يضمن مطلقا والله اعلم

## ( كتاب العارية )

اخرها عن الوديعة لان فيها تمليكا وان اشتركا في الامانة هي مأخوذة من العرية وهي العطية المخصوصة بالاعيان ومستعملة في تمليك المنافع ورده المطرزي وغيره بالمشتقات استعاره منه فاعاره واستعار الشيء على حذف من وقيل هي منسوبة الى العار لان طلبها عيب وعار على ما قال الجوهري او ابن الاثير ورد الراغب وغيره بان العار يائي والعارية واوية على ما صرحوا اصحابه به وفي المغرب انها منسوبة الى العارة اسم من الاعارة وفي النهاية ان ما في المغرب هو المعول عليه لانه عليه السلام باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها وقيل هي في الاصل اسم موضع منسوبة كالدردي والكرسي وهي من العاور وهو التناوب بلا تشديد فكانه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبة وقيل هي اسم العين المعار وشريعة (هي) اي العارية بمعنى الاعارة لا للعارية التي هي اسم لما عير والالم يصح حمل التمليك عليه (تمليك منفعة) من عين مع بقائها احتراز عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة (بلا بدل) احتراز عن الاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لا تمليك المنفعة وهو قول الشافعي لانها تنعقد بلفظ الاباحة وتبطل بالنهي والتمليك لا يبطل به كالهبة والاجارة ولان المستعير لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك المنافع ملك اجارتها ولان التمليك غير جائز مع الجهل بخلاف الاباحة اذ فيها لا يشترط ضرب المدة ولنا ان العارية تنبئ عن التمليك لكونها من العرية هي العطية من الثمار ولذا تنعقد بلفظ التمليك وانما انعقدت بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك بلا عوض كانعقاد الاجارة بلفظة الاباحة والنهي ليس ابطالا للملك بعد ثبوته بل يمنع عن التمليك لانه دليل

الرجوع والاسترداد وانما لايملك المستعير الاجارة لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك والجهل فيها ليس بمضر لعدم الافضاء الى النزاع لجواز رجوع المعير فى كل ساعة ولحظة والمنافع قابلة للتمليك كما فى الوصية بخدمة العبد بضرب المدة وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع وانما اختلفوا فى كونها مستحبة وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض وشرطها قابلية العين الانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من التعاضد المحتاج اليه المدنى بالطبع ومحاسنها النيابة عن الحق سبحانه فى اجابة المضطر لانها لاتكون الا للمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر ( ولاتكون العارية ( الافيما ينتفع به مع بقاء عينه ) اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة اعارة الاعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة والمجاز اعارة مالايمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال ( واعارة المكيل والموزون والمعدود قرض ) لان الانتفاع بها انما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى اعارتها تمليكها وذلك يكون بالهبة او القرض لكونه ادنى ضررا لانه يوجب رد المثل ( الا ان عين انتفاعا يمكن رد العين بعده ) اى بعد الانتفاع كالو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او ليزين بها دكانا صارت عارية لاقرضا ( وتصح ) العارية ( باعرتك ) اى جعلتها عارية لك لكونه صريحا فيها لكن فى المضمرات ان اركانها الايجاب والقبول وشرطها القبض ( ومنحتك ) هذا الثوب بمعنى اعطيتك لان هذا اذا اضيف الى ماينتفع به مع بقاء عينه فهو عارية اذ اصله اعطاء الشئ لآخر لينتفع به اياما ثم يرده فروعى اصله واذا اضيف الى مالاينتفع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب ( واطعمتك ارضى ) هذه لان الطعام اذا قارن الى مايطعم عينه كالبر يراد به تمليك عينه واذا قارن الى مالايطعم كالارض يراد به اخذ غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال ( وحملتك على دابتى ) هذه لانه يقال فى العرف حمل فلان فلانا دابته اذا اعارها اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك ولان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية وفى الدرر وشرح المجمع كلام تتبع ( واخدمتك عبدى ) لانه اذن له فى الاستخدام وهو العارية ( اذا لم يرد بذلك ) اى بكل من الاطعام والحمل والاخدام ( الهبة ) فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كما مر ( ودارى لك سكنى ) اى من جهة السكنى

لان داري مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة الى المخاطب لان قوله لك يحتمل
تمليك العين والمنفعة وقوله سكنى محكم في المنفعة وهو مبين للثاني بحكم التفسير
فيكون عارية ( او داري لك عمري سكنى ) فعمري مفعول مطلق لفعل محذوف
تقديره اعمرتها لك عمري والعمري جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى تمييز وتخصيص
للتنصيص على العارية ( وللمعير الرجوع فيهما ) اي في العارية المطلقة
او المقيدة ( متى شاء ) لعدم لزومها هذا اذا لم ينقلب اجارة والا فلا رجوع
كما اذا استعار امة لترضع ابنه فارضعته فلما صار الصبي لا يأخذ الا ثدي غيرها فانه
لا يسترد منها وعليه اجر مثل خادمته الى ان يفطم وكذا لو استعار من رجل فرسا
ليغزو عليه فاعاره اياه اربعة اشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فاراد اخذه
كان له ذلك وان لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان
للمستعير ان لا يدفعه لان هذا ضرر بين وعلى المستعير اجر مثله من الموضع
الذي طلب صاحبه الى ادنى الموضع الذي يجد فيه كراء او شراء ( ولو هلكت )
العارية ( بلا تعد ) من المستعير ( فلا ضمان ) ولو شرط الضمان فانه شرط
باطل كما في المحيط وفي التبيين والعارية اذا شرط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية
صاحب الجوهرة جزم بان العارية تصير مضمونة بشرط الضمان ولم يقل في رواية
وفي البزازية اعر لي هذا على انه ان ضاع فانا ضامن وضاع لم يضمن انتهى
وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على
المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير
ولا يملك والد الصغير اعارة مال ولده والعبد المأذون يملك ان يعير والمرأة
اذا اعارت شيئا من ملك الزوج فهلك ان كان شيئا داخل البيت وما يكون
في ايديهن عادة فلا ضمان على احد اما في الفرس والثور فيضمن المستعير او المرأة
كما في البحر وقال الشافعي واحمد يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لقوله
عليه السلام العارية مضمونة ولانه قبض لنفسه فصار كالمقبوض على سوم
الشراء ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانها امانة
في يده سواء هلكت من استعماله اولا وما رواه محمول على ضمان الرد ( ولا تؤجر )
العارية لانها دون الاجارة والشيء لا يستتبع فوقه ( ولا ترهن ) لان الرهن
ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه وله ان يودع على المفتى به وهو
المختار وصحح بعضهم عدمه كما في المنح ( كالوديعة ) اي كما لا تؤجر ولا ترهن
الوديعة لانها امانة فلا يجوز التصرف فيها ( فان آجرها ) اي آجر المستعير
العارية ( فتلفت ) اي هلكت ( العارية ضمن ايهما شاء ) اي المعير مخير
ان شاء يضمن المستعير لانه صار غاصبا بتعديه او يضمن المستأجر لانه قبض مال

المعير بغير اذنه ( فان ضمن ) اى المعير ( الموجر ) اى المستعير ( لا يرجع ) بما غرمه ( على احد ) لانه بالضمان تبين انه اجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابي يوسف ( وان ضمن المستأجر رجع على الموجر ) اى المستعير ( ان لم يعلم ) المستأجر ( انه ) اى ان ما استأجره ( عارية ) عند موجره وهو المستعير لكونه مغرورا من جهة موجره قيد به لانه ان علم لا يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار كالمستأجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب ( وله ) اى للمستعير ( ان يعير ) العارة ( ان كان مالا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة ) والاستخدام والسكنى والزراعة وان شرط المالك ان ينتفع هو بنفسه لان التقييد فيما لا يختلف غير مفيد خلافا للشافعي لان العارية اباحة المنافع عنده فلا يملك اباحتها غيره ولنا انها تمليك المنفع فيملك ان يعيرها كامر ( لا ما يختلف ) باختلاف المستعمل ( كالركوب ) اى ركوب الدابة ولبس الثوب ( ان عين ) المعير ( مستعملا ) لان المعير رضى بذلك المعين دون غيره لان ركوب العسكرى لا يكون كركوب السوقى ولبس القصاب ليس كلبس البزاز ( وان لم يعين ) المعير مستعملا ( جاز ايضا ) كما يجوز ان يعير مالا يختلف باختلاف الاستعمال لانه تكون الاعارة مطلقة حينئذ ( مالم يتعين ) المنتفع فعل المستعير ( فان تعين ) المنتفع بفعله ( لا يجوزله ) ان يعيره وفرعه بقوله ( فلو ركب هو ) اى المستعير ( ليس له ) اى المستعير ( اركاب ) غيره ( وان اركب ) المستعير ( غيره فليس له ان يركب هو ) يعنى من استعار دابة مطلقا كان له ان يحمل او يعير غيره للحمل و يركب بنفسه او يركب غيره واياما فعل من الحمل او حمل الغير من الركوب او الاركاب فقد تعين العمل فليس بعد حمله ان يحمل غيره ولا عكس هذا والا ضمن وكذا حكم الاركاب بعد الركوب وعكسه لتعين الركوب فى الاول والاركاب فى الثانى وهذا الذى ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام كما فى العناية ( وان قيدت الاعارة ( بنوع او وقت ) اى قيد المعير العارية بنوع من الانتفاع بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او فلان معين او قيدها بوقت معين بشهر او جمعة مثلا ( او بهما ) اى قيدها بالنوع والوقت جميعا ( ضمن ) المستعير ( بالخلاف ) فى واحد منهما ( الى شر فقط ) فلم يضمن بالخلاف الى مثل او خير كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونها فى الضرر كحمل مثل الحنطة شعيرا لان الاذن بالشئ اذن بما يساويه وبما هو خير منه وهذا استحسان والقياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة

والضرر بخلاف ما لو قال احمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل عليها عشرة
اقفزة بر لان المعير رضي بالشيء الثقيل فيضمن لوجود التعدي ( وان اطلق )
المعير الانتفاع ( فيهما ) اي في النوع والوقت ( فله ) اي للمستعير ( الانتفاع
باي نوع شاء في اي وقت شاء ) عملا بالاطلاق واختلفوا في ايداع المستعير فقال
جماعة منهم الكرخي ليس له ذلك قال الباقلاني هذا القول اصح واكثرهم على
ان له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان
الائمة قال ظهير الدين وعليه الفتوى وفي المنح وجعل الفتوى في السراجية
ايضا لكن في الصغرى فيه ان القول بان العارية تودع او لا تودع محله اذا كان
المستعير مالك الاجارة اما فيما لا يملكها فلا يملك الايداع وان اختلفا فيما حمل
على الدابة وفي مسافة الركوب والحمل او في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير مع
يمينه ( وتصح اعارة الارض للبناء والغرس ) اي غرس الشجر لان منفعتها
معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل اولى لكونها تبرعا ( وله ) اي للمعير
( ان يرجع ) عن العارية بعد ان بنى المستعير او غرس ( متى شاء ) لانها غير
لازمة ( ويكلفه ) اي المعير المستعير ( قلعهما ) اي قلع البناء والغرس عن الارض
لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغه الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما
فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع بخلاف ما اذا كانت لا تستضر بالقلع حيث
لا يجوز الترك الا باتفاقهما كما في التبيين ( ولا يضمن ) المعير ما نقص من البناء والغرس
بسبب القلع ( ان لم يوقت ) العارية اذ المستعير بنى وغرس في محل كان لغيره
حق الرجوع فاغتر بنفسه اعتمادا على الاطلاق من غير ان يسبق من المعير وعد
( وان وقت ) المعير وقتا معينا ( ورجع قبله ) اي قبل الوقت الذي عينه
( كره له ) اي المعير ( ذلك ) الرجوع لما فيه من خلف الوعد ( وضمن ) المعير
للمستعير ( ما نقص ) من البناء والغرس ( بالقلع ) بان يقوم قائما غير مقلوع
يعني اذا كانت قيمة البناء الى الوقت المضروب عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال
يكون قيمة النقض دينارين يرجع المستعير على المعير بثمانية دينار لان المعير غره
بالتوقيت وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل
في العواري ( وقيل يضمن ) المعير ( قيمته ) اي قيمة البناء او الغرس ذكره
الحاكم الشهيد ( ويملكه ) اي المعير البناء او الغرس الا ان يشاء المستعير
ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع
ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض كما في الهداية وعن هذا قال ( والمستعير
قلعه ) اي البناء او الغرس ( فلا يضمن ان لم تنقص الارض به ) اي بالقلع
( كثيرا وعند ذلك ) اي عند نقصان الارض كثيرا بالقلع ( الخيار للمالك )

بين تضمين نقصانها وضمان قيمتهما لا المستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل كما في الهداية وفي المحيط يضمن المعير قيمة البناء والاشجار قائمة على الارض غير مقلوعة منقوضة وان شاء المستعير قلع غرسه وبناءه ولا يضمنه اذا لم يضر بالارض وان كان القلع يضر بالارض لا يقلع الا برضاء صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا انتهى وظاهره مع ماقبله ان القلع اذا لم يضر بالارض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما في المختصر والكنز حيث جعلاه تضمين مانقصه القلع لا تضمين جميع القيمة كما في البحر (وان عارها) اى الارض (للزرع لا تؤخذ منه) اى من المستعير استحسانا لان التضرير بالمؤمن حرام (حتى يحصد) الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل كيلا تفوت منفعة ارضه مجانا (وقت) المعير (اولا) يوقت لان للزرع نهاية معلومة فكان في الترك مراعاة الحقين وايضا في القلع ابطال ملك المستعير وفي الترك تاخير حق تصرف المعير فيها والاول اشد ضررا فيصير الى الثاني (واجرة رد المستعار و) اجرة رد (المستاجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب) اما المستعار فلان رده على المستعير لانه قبض العارية لمنفعة نفسه فتكون اجرة الرد عليه واما المستاجر فلانه مقبوض لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فلا يكون رده واجبا على المستاجر بل على الموجر فتكون مؤنة رده عليه واما الوديعة فلان منفعة حفظها عائدة له فكانت مؤنة ردها عليه واما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه واما المغصوب فلان الغاصب يجب عليه رد العين المغصوبة الى يد مالكها كما كانت فتكون عليه مؤنة ردها وفي عمدة الفتاوى نفقة العبد المستعار على المستعير وكسوته على المعير (واذا رد المستعير الدابة المستعارة (الى اصطبل ربها) اى صاحب الدابة (او) رد (العبد المستعار (او الثوب) المستعار (الى دار مالكه برئ) عن الضمان اذا هلكت الدابة او هلك العبد او الثوب استحسانا والقياس ان لا يبرأ لانه لم يردهم الى اصحابهم وانما ضيعهم تضييعا وهو قول الائمة الثلاثة وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف الغصب والوديعة) فان الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة واما المودع فلا يبرأ ايضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ) اذا هلكت قبل الوصول الى المالك لانه من عيال المستعير وله ردها بيد من في عياله (وكذا ان ردها)

اى الدابة (مع اجير ربها) اى رب الدابة مشاهرة او مشاهدة (او)
مع (عبده) اى رب الدابة برئ عن الضمان اذا هلكت استحسانا
والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه آنفا هذا فى دوابهم
واما فى زماننا فلا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها كما فى الشمنى (يقوم) حال
من اجيره وعبده صفته لان الجملة نكرة (على الدابة اولا يقوم) وهو الصحيح
لان الدابة وان لم تكن فى يده دائما الا انها تدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون
رضى المالك بدفعها اليه موجودا (بخلاف الاجنبى والاجير مياومة)
فانه اذا ردها مع الاجنبى او الاجير مياومة لا يبرأ لانه لا يعد من المال فلا يرضى
المالك به فيضمن ان هلكت قبل الوصول (و) بخلاف (رد شئ نفيس)
كعقد اللآلئ (الى دار مالكه) فانه ان هلك قبل القبض يلزم الضمان لان هذا
لا يعد تسليما فى العرف (و) يكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتنى ارضك
لا اعرتنى) اى اذا اعيرت الارض للزراعة واراد المستعير ان يكتب كتابا يكتب
انك قد اطعمتنى ارضك ولا يكتب قد اعرتنى عند الامام لان لفظ الاطعام ادل
على الزراعة لان عين الارض لا تطعم وانما يطعم ما يحصل منها بخلاف
الاعارة فيها لانها تكون للبناء (خلافا لهما) فان عندهما يكتب الاعارة
لان لفظ الاعارة موضوع لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى واذا اعيرت
الارض شيئا لا للزراعة يكتب انك اعرتنى ارضك بالاتفاق وفى التنوير ادعى
ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع اذا ادعى الرد والوكيل والناظر
سواء كان فى حياة مستحقها او بعد موته الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى
بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل
بقبض العين

## ( كتاب الهبة )

وجه المناسبة بين ما قبلها وبينها ان ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى
تمليك العين كذلك وهى لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال كقوله تعالى
يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وفى العناية انها فى اللغة عبارة عن
ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا انتهى وهو
يرجع الى المعنى الاول ويتعدى اما باللام نحو وهبته له وحكى ابو عمرو وهبتكه كما
فى القاموس وقالوا بحذف اللام منه واما بمن نحو وهبته منك على ما جاء فى
احاديث كثيرة فى الصحيح كما فى دقائق النووى فظن من المطرزى انه خطأ
ومن التفتازانى انه عبارة الفقهاء كما فى القهستانى وفى الشريعة (هى تمليك

عين بلا عوض ) هذا تعريف للهبة المحضة العارية عن شرط العوض فان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء فتثبت الشفعة والخيار كما سيأتي فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر واعتراض بعض عليه تدبر والمراد بالعين عين المال لا العين المطلق قرينة التمليك المضاف اليه لان العين الذى ليس بمال لا يفيد الملك وكذا المراد بالتمليك هو التمليك فى الحال لان قوله وهبت لانشاء الهبة حالا كبعت فلا حاجة الى قول من قال هى تمليك مال للحال للاحتراز عن الوصية ولان العين قد لا يكون مالا تدبر فخرجت عن هذا التعريف الاباحة والعارية والاجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه الدين فان عقد الهبة اسقاط وان كان بلفظ الهبة وهى امر مندوب وصنيع محمود محبوب قال صلى الله تعالى عليه وسلم تهادوا تحابوا وقبولها سنة فانه عليه السلام قبل هدية العبد وقال فى حديث البريرة هو لها صدقة ولنا هدية وقال عليه السلام لو اهدى الى طعام لقبلت ولو دعيت الى كراع لاجبت واليها اى الاجابة الاشارة بقوله تعالى فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا اى سرورا مريئا اى رضيا على الاكل وهى نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع كما فى الاختيار وسببها ارادة الخير للواهب دنيوى كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له واخروى قال الامام ابو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذحب الدنيا رأس كل خطيئة كما فى النهاية وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك فى العين الموهوبة غير لازم وعدم صحة خيار الشرط فيها وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة كما سيأتى وركنها هو الايجاب والقبول وعن هذا قال ( وتصح ) الهبة ( بايجاب وقبول ) على ما فى الكافى وغيره لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث بمجرد الايجاب فيما اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لان الغرض عدم اظهار الجود وقد وجد الاظهار لكن ذكر فى الكرمانى ان الايجاب فى الهبة عقد تام والقبول ليس بركن كما اشار اليه فى الخلاصة وغيرها وفى المبسوط القبض كالقبول فى البيع ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول وفى القهستانى ولعل الحق هذا فان فى التأويلات التصريح بالهبة غير لازم ولذا قال اصحابنا لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز انتهى لكن يمكن الجواب بان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون اخذه قبولا دلالة ( وتتم ) الهبة ( بالقبض الكامل ) ولو كان الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به لقوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة

والمراد هنا نفي الملك لا الجواز لان جوازها بدون القبض ثابت خلافا لمالك فان عنده ليس القبض بشرط الهبة قال صاحب المنح هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز والاصل في جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا فيه طعام لا تجوز ولو وهب طعاما في جراب جازت واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط انه لا يمنع فانه قال اعار دارا من انسان ثم ان المستعير غصب متاعا ووضعه في الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار وكذلك لو ان المعير هو الذي غصب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير كانت الهبة تامة وتمامه فيه فليراجع وفي الخانية رجل وهب دارا وسلم وفيها متاع الواهب لا تجوز لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة فلا يصح التسليم ولو وهبت امرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها ايضا ساكن فيها جازت الهبة ويصير الزوج قابضا للدار لان المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم وفي الخلاصة رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب جازت ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لا تجوز عند الامام وعندهما تجوز وعليه الفتوى والمراد بالقبض الكامل في المنقول ما هو المناسب وفي العقار ايضا ما يناسبه فاخذ مفتاح الدار الموهوبة قبض لها بخلاف ما لو وهب ثيابا في صندوق مقفل ورفع الصندوق لا يكون قبضا فلا تتم الهبة وفي الفصولين هبة المريض تبطل بموته قبل التسليم اذ الهبة في المرض ولو كانت وصية حتى تعتبر من الثلث لكنها هبة حقيقة فلا بد من القبض ولم يوجد ( فان قبض ) الموهوب ( في المجلس ) اي مجلس الهبة ( بلا اذن ) صريح من الواهب ( صح ) استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي لانه تصرف في ملك الغير ولا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض ( وبعده ) اي بعد المجلس اراد به بعد الافتراق ( لا بد من الاذن ) الصريح فلا يصح القبض بعد الافتراق بلا اذن صريح لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل بمقابلة الصريح فلهذا لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده وفي القهستاني والحاصل انه اذا اذن بالقبض صريحا يصح قبضه في المجلس وبعده ويملكه قياسا واستحسانا ولو نهى عن القبض بعد الهبة لا يصح القبض لا في المجلس ولا بعده ولا يملكه قياسا ولو لم ياذن له بالقبض ولم ينه عنه ان قبض في المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا ولو قبض

بعد المجلس لا يصح القبض قياسا واستحسانا ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض فان كان القبض باذن الواهب جاز استحسانا لا قياسا وان كان بغير اذنه لا يجوز هذا الكتاب يخالف لما ذكرنا من التأويلات انتهى لكن يمكن التوفيق بان وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع اذن بالقبض دلالة فيجوز فلا يخالفه اصلا تدبر ( وتنعقد ) الهبة ( بوهبت ) اى بقوله وهبت لانه صريح وفى الفرائد قال المص اولا وتصح بايجاب وقبول فمال الى ان ركن الهبة الايجاب والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت الى آخره ومال الى ان ركن الهبة الايجاب فقط كان صاحب الهداية فعل كذلك لكن يمكن الجواب بان المص بين اولا الركن فقال الايجاب والقبول ثم اراد ان يبين الفاظ الايجاب فقال وتنعقد بوهبت الخ فلا يلزم ما قاله صاحب الفرائد تدبر ( ونحلت ) لكثرة استعماله فيه ( واعطيت واطعمتك هذا الطعام ) لان الاطعام اذا نسب الى ما يطعم عينه يكون هبة كما مر اطلقه فشمل ما اذا كان على وجه المزاح كما فى الخلاصة وغيرها ولو قال هبنى هذا الشئ على وجه المزاح فقال وهبت وسلم اليه جاز وعن ابن مبارك انه مر على قوم يضربون الطنبور فقال لهم هبوا هذا منى فدفعوه اليه فضرب به الارض فكسره فقالوا ياشيخ خدعتنا انتهى وشمل ما لو قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فاخذها رجل منهم ملكها كما فى الخانية وكذا بقوله اذنت للناس جميعا فى ثمر نخلى من اخذ منه شيأ فهو له فبلغ الناس فمن اخذ شيأ ملكه كما نقله صاحب البحر عن المنتقى ثم قال وظاهره ان من اخذ منه ولم تبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى انتهى لكن يخالف لما مر آنفا من انه لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز لانه مطلق سواء بلغته المقالة او لا تأمل ( وكسوتك هذا الثوب ) لان الكسوة يراد بها التمليك وفى الخلاصة لو دفع الى رجل ثوبا وقال البس نفسك ففعل يكون هبة ولو دفع اليه دراهم فقال الفقهاء يكون قرضا ( واعمرتك هذا الشئ ) لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع ولذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه ايضا كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك او حياته او اعمرتك دارى هذه حياتك او اعطيتها حياتك او وهبت هذا العبد حياتك فاذا مت فهو لى واذا مت فهو اورثتى فهذا تمليك صحيح وشرطه باطل ( وجعلته لك عمرى ) لان اللام فيه للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الشئ الى آخر عمرى ( ودارى لك ) حال كونها ( هبة تسكنها ) لان اللام فى لك للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على

المقصود وليس تفسير وصار اضمر قوله هذا الطعام لك تأكله ( وبنيتها ) أي بنية الهبة ( في حملتك على هذه الدابة ) لان الحمل يستعمل في الهبة مجازا فيحمل عليها عند النية كما مر في العارية ( وان قال دارى لك ) حال كونها ( هبة سكنى ) لما مر ان سكنى تمييز فيصير تفسيرا لمقوله لكونه محكما في تمليك المنفعة فيكون عارية ( او ) دارى لك حال كونها ( سكنى هبة ) لان في هذا تمليك منفعة ( او ) دارى لك حال كونها ( نحلى ) على وزن حبلى العطية ( سكنى ) فتقديره نحلتها نحلة سكنى وسكنى رفع الابهام ( او ) دارى لك حال كونها ( سكنى صدقة ) وسكنى يفسر تمليك المنفعة ( او ) دارى لك حال كونها ( صدقة عارية ) لان العارية تميز وتصير تفسيرا لما قبله ( او ) دارى لك ( عارية هبة ) اى دارى لك ادارى العارية حال كونه متلبسا هذا لك لان قول العارية صريح في تمليك المنفعة ( عارية ) في جميع هذه العبارات تكون عارية لا هبة ( وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة ) اى ليس من شانه ان يقسم بمعنى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد ودابة او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام ( لا ) اى لا تصح هبة ( ما ) اى مشاع ( يحتملها ) اى القسمة على وجه ينتفع به بعد القسمة كما قبلها كالارض والثوب والدار ونحو ذلك ولو كانت الهبة لشريك الواهب لان القبض في الهبة منصوص عليه فيشترط كماله والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب فلم يوجد القبض الكامل فاكتفى بالقبض القاصر ضرورة ولا يجوز فيما يحتمل القسمة خلافا للبيع فانه جائز فيهما وقالت الائمة الثلاثة الهبة عقد تمليك فتجوز في المشاع وغيره كالبيع بانواعه واراد المص بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارى كان يرجع الواهب في بعض الهبة شائعا فانه لا يفسدها اما الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن لا طارئ وقيد بالهبة لان الرهن يبطله الشيوع الطارى كالمقارن كما في البحر وفي الدرر اعتراض على صدر الشريعة في هذا المحل فليراجع ( فان قسم ) اى افرز الجزء الموهوب المشاع ( وسلم ) الى الموهوب له ( صح ) العقد لحصول الشرط بعد رفع الشيوع وهو كمال الشيوع ولو سلمه شائعا حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب كما في الدرر وفي المنح هبة المشاع اذا فسدت لا تفيد الملك وان قبض الجملة روى ذلك عن ابي يوسف وهو الصحيح وفي الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ولا يثبت الملك للموهوب له بالقبض هو المختار وفي جامع الفصولين والبزازية ان الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى فقد اختلفت التصحيح لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما افاده في بعض المعتبرات ( ولا تصح هبة دقيق في بر ) هبة ( دهن في سمسم

ودهن في ابن واب ) وصلية ( بعين ابنه او استخرج احدهن ) من السمسم والسمن من اللبن ( وسلم ) لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم ليس محل الملك بخلاف المشاع اذهو محل له حيث كان موجودا وقت العقد الا انه يتوقف على القسمة والتسليم وذلك لاينافي العقد ( وهبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في ارض وتمر في نخل كهبة المشاع ) لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع حتى اذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت صحت بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة لايجوز لان في وجوده احتمالا فصار كالمعدوم وفي الكافي لو وهب زرعا في ارض وتمرا في شجر وامره بالحصاد والجذاذ جاز استحسانا و يجعل كانه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ( وهبة شيء هو في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض ) لتحقق شرط الهبة وهو القبض لان القبض الواجب بالهبة قبض امانة فينوب عنه كل قبض بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فيه مضمون فلا ينوب عنه قبض امانة فيلزمه قبض جديد وفي اطلاقه شامل لما اذا كانت في يده امانة او مضمونة ولو وديعة كانه بعد الهبة لم يكن عاملا للمالك فاعتبرت يد الحقيقة ( وهبة الاب لطفله تتم بالعقد ) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه ( ان كان الموهوب في يد الاب ) فلا يحتاج الى قبض جديد سواء كان في عياله اولا لكن يلزم الاشهاد وعليه الاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته ( او في يد مودعه ) لان يد المودع كيد المالك ( لا ان كان ) الموهوب ( في يد غاصب ) اى او غصب عبده مثلا غاصب فوهب لابنه الصغير وهو في يد الغاصب لاتتم الهبة بمجرد العقد لانه ليس في يد الاب حقيقة وحكما لكونه مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد ( او في يد مبتاع بيعا فاسدا ) اى لو باعه بيعا فاسدا وسلم ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز ( او في يد متهب ) معناه او وهب لاخر بلا عوض ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز وهو ظاهر لكن في عامة المعتبرات او في يد مرتهن مكان متهب يعني لو رهن لاخر ثم وهب لطفله لاتتم الهبة بمجرد العقد تتبع ( والصدقة في ذلك كالهبة ) والمراد من الصدقة هنا التصدق لابنه فقط والا يلزم التكرار لان المص ذكر مطلق الصدقة في آخر هذا الكتاب فعلى هذا تفسير صاحب الفرائد في هذا المحل مطلقا ليس بشيء تتبع ( والام كالاب ) في ان هبتها لطفلها تتم بالعقد ( عند غيبته ) اى الاب غيبة منقطعة وتفسيرها تقدم في باب الاولياء ( او موته ) اى الاب ( وعدم وصيه ان كان الطفل في عيالها ) لان للام ولاية الحفظ اذا كان في حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه لانه عند حضور الاب او الوصي لايكون للام ذلك

ولو في حجرها (وكذا كل من يعول الطفل) كالام والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تأديبه وتسليمه في حرفة كان له التصرف النافع تمليكه بمجرد الهبة اذا كان في يده كما في الاب عند عدم الاب (وهبة الاجنبي له) اي للطفل (تتم بقبضه) اي بقبض الطفل (لو كان عاقلا) اي مميزا يعقل التحصيل ولو ابوه حيا لانه في التصرف النافع ملحق بالبالغ العاقل وفي البحر من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله وفي السراجية من وهب للصغير شيئا له ان يرجع فيه وليس للاب التعويض من مال الصغير وفي الخانية وسع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته (وتتم) ايضا (بقبض ابيه) حال صغره (او جده او وصي احدهما) اي بقبض وصي الاب او وصي الجد الصحيح سواء كان الصغير في حجرهم او لا لان لهؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما غيره من الجد والوصي فلقيامهم مقام الاب (او) بقبض (امه ان) كان الطفل (في حجرها) للمنافع وفي الخلاصة ويباح للوالدين ان يأكلا من المأكول الموهوب للصغير فافاد ان غير المأكول لا يباح لهما الا عند الاحتياج واشار الى ما علم ان ما وهب للصغير يكون ملكا له اما لو اتخذ الاب وليمة الختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد فان كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان او شيء يستعمله الصبيان فالهدية للصبي والا ينظر ان كان من اقرباء الاب او معارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام او معارفها فهو للام سواء كان المهدي يقول عند الهدية هذا للصبي ام لا وهذا اذا لم يقل المهدي هذا له اولها وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته كما في السراجية وينبغي ان يعدل بين اولاده في العطايا والعدل عند ابي يوسف ان يعطيهم على السواء هو المختار كما في الخلاصة وعند محمد يعطيهم على سبيل المواريث وان كان بعض اولاده مشتغلا بالعلم دون الكسب لا بأس بان يفضله على غيره وعلى جواب المتأخرين لا بأس بان يعطي من اولاده من كان عالما متأدبا ولا يعطي منهم من كان فاسقا فاجرا (او) بقبض (اجنبي يربيه) ويحجره لان له عليه يدا معتبرة حتى لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك النفع في حقه (و) تتم (بقبض زوج الطفلة لها) اي للطفلة (ولو) وصلية (مع حضرة الاب بعد الزفاف) اي بعد ان زفت الصغيرة اليه في الصحيح لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف (لا قبله) اي لا يصح قبض الزوج قبل الزفاف لانه لا يعولها قبله ولا يشترط ان يكون مما يجامع مثلها

فى الصحيح (وصح هبة اثنين لواحد دارا) لانها سلمت جملة وقبضت جملة فلا شيوع وفيه اشعار بان هبة الاثنين الاثنين لايجوز (لاعكسه) اى لاتصح هبة الواحد للاثنين عند الامام وزفر لان هذه هبة النصف من كل واحد فثبت الشيوع والقبض فى المشاع لايتحقق بخلاف الرهن لان حكم الحبس بالدين وهو ثابت لكل واحد منهما بكماله وقال يعقوب باشا رجل وهب من رجلين شيئا يحتمل القسمة فالهبة فاسدة وليست بباطلة عند الامام فاذا قبضا ثبت لهما الملك على قول وبه يفتى كما فى الذخيرة ويعلم من هذا ان المراد من عدم الصحة الفساد لا البطلان كما لايخفى فليتأمل انتهى (خلافا لهما) فان عندهما تصح نظرا الى انه عقد واحد فلاشيوع كما اذا رهن من رجلين وفى السراجية وهب من رجلين درهما صحيحا يجوز وعليه الفتوى لانها هبة مشاع لايقسم وانما قيدنا بالصحيح لان المغشوش فى حكم العروض فيكون مما يقسم فلا تصح هبته للرجلين للشيوع (وصح تصدق عشرة) دراهم (على فقيرين وهبتها) اى هبة عشرة دراهم (لهما) اى لفقيرين (ولايصحان) اى لايصح التصدق بعشرة ولاهبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم حيث اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلاعوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لو اوصى ثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو اوصى به الاغنياء غير معينين لايجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان وقيل المراد بالصدقة المذكورة فى الاصل الصدقة على غنيين فلا مخالفة بين الروايتين وهذا كله على قول الامام (خلافا لهما) فان عندهما الهبة من شخص جائزة فالصدقة اولى

## (باب الرجوع فيها)

اى فى الهبة قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك فى باب على حدة فقال (يصح الرجوع فيها) اى فى الهبة بعد القبض ولو مع اسقاط حقه من الرجوع بان قال اسقطت حقى من الرجوع (كلا او بعضا) مالم يمنع مانع من الموانع الآتية وعند الائمة الثلاثة لايصح الرجوع فى الهبة الا الوالد فيما وهب

لولده او لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يعطي لولده والعائد
في هبته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا يحل لواهب ان يرجع في هبته ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اي ما لم يعوض والمراد
بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله فلهذا قيدنا بعد القبض وتأويل ما رووه
ان الواهب لا يستبد بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء الا الوالد فان له
ان يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضاه ولا قضاء كسائر اموال ابنه ( ويكره )
اي الرجوع تحريما لان الامام الزاهدي قد وصف الرجوع بالقبح وكذا الحدادي
وكثير من الشارحين ولا يقال المكروه تنزيها قبيح لانه من قبيل المباح او قريب
منه كما في المنح ( ويمنع منه ) اي من الرجوع ( حروف دمع خزقه ) احدها
من بيت شعر قيل فيه وهو قوله * ومانع عن الرجوع في الهبة * يا صاحبي
حروف دمع خزقه * وفي خزانة الفقه اثنى عشر ينقطع به حق الرجوع
اذا كان الموهوب له ذا رحم محرم منه او كانت زوجته او كان زوجها او كان
اجنبيا وعوضها وقال خذ هذا عوض هبتك او بدلا عنها او جزاء عنها او مكافاة
عنها او في مقابلها او مات احدهما او خرج عن ملكه او زاد فيها زيادة متصلة
بان كان عبدا صغيرا فكبر او كان مهزولا فسمن او كانت ارضا فبنى فيها او كان
ثوبا فخاطه او صبغه صبغا يزيد او غيره بان كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه
او سويقا فلته بسمن او كان لبنا فاتخذه جبنا او سمنا او اقطا او كانت جارية
فعلمها القرآن والكتابة والمشاطة تسعة اشياء لا ينقطع به حق الرجوع
اذا زادت قيمته او ولدت الموهوبة يرجع في الام دون الولد او اثمرت الشجرة
يرجع في الشجر دون الثمر او كان ثوبا فقطعه ولم يخطه او كان دارا فانهدم شيء
منها او وهب لبني عمه او في مرضه او رشوة ثم مات الواهب عقبه فلورثته الرجوع
فيه او وهب لابنه ولاجنبي عبدا يرجع في نصيب الاجنبي او استحق العوض
يرجع في الهبة او استحق الهبة يرجع في العوض انتهى ثم شرع ان يبين ذلك
بالفاء المتصلة بقوله ( فالدال ) من هذه الحروف ( الزيادة المتصلة )
بالموهوب ( كالبناء ) على الارض اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان
لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة
بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها كما في التبيين
وفي السراجية اذا وهب ارضا بيضاء للموهوب له فبنى فيها بناء بطل الرجوع ولو زال
عاد حق الرجوع ( والغرس ) وفي المنح رجل وهب لرجل ارضا بيضاء فانبت
في ناحية منها نخلا او بنى فيها بيتا او دكانا كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع
في شيء منها ( والسمن ) بان كان الموهوب هزيلا فسمن عند الموهوب له

واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة وعن هذا قال (لا المنفصلة) كالولد والارش والعقر فانه يرجع فى الاصل دون الزيادة قيد بالزيادة لان النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب اولا غير مانع لما فى التبيين من انه لا يرجع فى الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فاذا حبلت ولم ترد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان انتهى لكن يخالف ما فى السراج من انه لو وهب له جارية فحبلت فى يد الموهوب له فاراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لانها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة تتبع ثم المراد بالاتصال هو ان يكون فى نفس الموهوب شئ يوجب زيادة فى القيمة كما هو المذكور فى المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة للعين وكذا اذا زاد فى نفسه من غير ان يزيد فى القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان فى الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابى يوسف ولو وهب عبدا كافرا فاسلم فى يد الموهوب له او وهب عبدا حلال الدم فعفا ولى الجناية وهو فى يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرآن او الكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست زيادة فى العين فاشبهت الزيادة فى السعر وفيه خلاف زفر وروى الخلاف فى العكس ولو اختلفا فى الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد كما فى التبيين وشرح الكنز للعينى وفى الخانية ولو علم القرآن او الكتابة او القراءة او كانت اعجمية فعلمها الكلام او شيئا من الحروف لا يرجع الواهب فى هبته لحدوث الزيادة فى العين انتهى هذا يخالف ما فى التبيين كما فى المنح وفيه كلام لان صاحب التبيين اشار الى ما فى الخانية فقال و يروى الخلاف فى العكس تدبر ولو امرضا وهب لرجل جارية فوطئها الموهوب له ثم مات الواهب وعليه دين مستغرق ترد الهبة و يجب على الموهوب له العقر هو المختار (والميم موت احد العاقدين) اما موت الموهوب له فلخروج الموهوب عن ملكه وانتقاله الى وارثه واما موت الواهب فلتعذر الرجوع منه والوارث ليس بواهب والنص فى حق الواهب هذا اذا كان بعد التسليم لانه قبل التسليم بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن الى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت فان كان الحربى اذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحسانا (والعين العوض المضاف اليها) اى الى الهبة (اذا قبض) الواهب العوض وفسره بقوله (نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها) اى عن هبتك (او) خذه (فى مقابلتها)

باى مقابلة الهبة لان الشرط فى كونه عوضا ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض ( ولو ) وصلية ( كان ) التعويض ( من اجنبى ) اى جاز العوض من اجنبى وسقط حق الواهب فى الرجوع فى الهبة اذا قبض العوض لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع ولو كان التعويض بغير اذن الموهوب له ولا رجوع للعوض على موهوب له ( ولو كان شريكه ) سواء كان باذنه اولا لان التعويض ليس بواجب عليه فصار كالوامره ان يتبرع لانسان الا اذا قال على انى ضامن ( فلو لم يعوض ) اى لم يقل الموهوب له خذ عوض هبتك يكون فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة من القبض ( فلكل ) واحد منهما ( ان يرجع فيما وهب ) وفى المبسوط هذا سواء كانت الهبة شيئا قليلا او كثيرا وسواء كان العوض من جنسها او من غير جنسها لانها ليست بمعاوضة محضة حتى يتحقق فيها الربوا وانما هى لقطع الرجوع ( والخاء الخروج ) اى خروج العين الموهوبة ( من ملك الموهوب له ) بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة فان تبدل الملك كتبدل العين فلو ضحى الشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع عند الطرفين خلافا لابى يوسف ( والزاى الزوجة ) اى الزوجية مانعة من الرجوع لان المق فيها الصلة اى الاحسان كما فى القرابة ( وقت الهبة فله الرجوع لو وهب ثم نكح ) لانها لم تكن زوجة وقت الهبة ( لا ) يرجع ( لو وهب ثم ابان ) لوجود الزوجية المانعة وقت الهبة ( والقاف القرابة ) لان المق منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان القريب مسلما او كافرا ثم فسر القرابة بقوله ( فلا رجوع فيما وهب لذى رحم محرم ) من الواهب وان وهب لمحرم بلا رحم كاخيه من الرضاع وامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع وقيد بالمحرم لان الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع ( ولو وهبت لعبد اخيه ) او لاخيه وهو عبد لاجنبى فانه ( يرجع ) فيها عند الامام وقالا لا يرجع فى الاولى ويرجع فى الثانية ( ولو كانا ) اى العبد ومولاه ( ذا رحم محرم ) من الواهب ( فلا رجوع فيهما ) اى فى الهبة للواهب اتفاقا على الاصح ( والهاء هلاك الموهوب ) فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه ( والقول فيه ) اى فى الهلاك ( قول الموهوب له ) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع وفى الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وان قال الواهب هى هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك كما فى المنح ( وفى الزيادة

قول الواهب ) اى لو ادعى الموهوب له ازدياد ما في يده زيادة متصلة وانكرها الواهب فيكون القول له خلافا لزفر ( ولو عوض ) الموهوب له ( فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض ) لان نصف العوض عوض عن نصف الهبة فلما لم تسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض كما في البيع ( وان استحق نصف العوض لا يرجع ) الواهب ( بشئ حتى يرد باقيه ) اى باقى العوض لان العوض ليس ببدل حقيقة بدليل انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع كان آنفا الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ويرجع في الهبة خلافا لزفر اذ عنده يرجع بالنصف اعتبارا بالموهوب ( وان استحق الكل رجع بالكل فيهما ) اى لو استحق كل الهبة كان للموهوب له ان يرجع في جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان قيميا ولو استحق كل العوض حيث يرجع في كل الهبة ان كانت قائمة لا ان هالكة ويشترط ان لا تزداد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كما في الخلاصة ( ولو عوض عن نصفها ) اى الهبة ( فله ) اى للواهب ( ان يرجع بما لم يعوض ) لان المانع قد خص النصف غاية ما فيه انه يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه طار فلا يضره وفي المنح نقلا عن المجتبى ان العوض المانع من الرجوع هو المشروط في عقد الهبة اما اذا عوضه بعده فلا ولم ار من صرح به غيره وفروع المذهب في هذا الباب مطلقة عن هذا الشرط منها ما تقدم من ان دقيق الحنطة يصلح عوضا عنها ومن انه لو عوضه ولد احد جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فانه يمتنع الرجوع وتمامه فيه فليطالع ( ولو خرج نصفها ) اى نصف الهبة ( عن ملكه ) اى الموهوب له ( فله ) اى للواهب ( ان يرجع بما لم يخرج عن ملكه ) لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه لم يوجد الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره ولان له الرجوع في كل الهبة ففي النصف اولى ان يرجع الى ما لم يعوض ( ولا يصح الرجوع ) عن الهبة ( الا بتراض ) من الطرفين ( او حكم قاض ) بالرجوع لولايته على العامة ولولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اذ في حصول المقصود وعدمه خفاء لان من الجائز ان يكون المراد الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام ومن الجائز ان يكون المراد العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الالزام والقضاء وعند الائمة الثلاثة يصح بدونهما ثم فرعه بقوله ( فلو اعتق الموهوب له ) العبد الموهوب بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم نفذ ) اعتاقه لانه لا يخرج

بقي ملك الموهوب له الا بقضاء او رضاء فصح اعتاقه ولو بعدها (ولو منعه) اي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد ان رجع قبل القضاء او بعده (فهلك) الموهوب في يد الموهوب له (لا يضمن) لان يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه بعد طلبه فصار غاصبا بمنعه بعد الرجوع ومن الهلاك بعد الطلب (وهو) اي الرجوع (مع احدهما) اي مع التراضي او قضاء القاضي (فسخ) لعقد الهبة (من الاصل) واعادة للملك القديم (لا هبة من الموهوب له) ولهذا لا يشترط في الرجوع بالتراضي قبض الواهب ولا يحمل منزلة الهبة المبتدأة وله ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فاذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لان العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله (فلا يشترط فيه قبضه) اي الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عوده الى الملك القديم (وصح) اي الرجوع (في الشائع) القابل للقسمة بان وهب دارا ورجع في نصفها ولو كان هبة مبتدأة لم يصح في المشاع القابل للقسمة (وان تلف الموهوب) عند الموهوب له (فاستحق) مستحق (وضمن الموهوب له) قيمته للمستحق (لا يرجع على واهبه) بما ضمن لان العقد تبرع وهو غير عامل له ولا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة والعارية كالهبة هنا كما في التنوير (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) اي في ابتداء العقد (فيشترط القبض في العوضين) لان القبض شرط في الهبة كما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (ويبطلها) اي الهبة (الشيوع) فيما يحتمل القسمة (في احدهما) اي في احد العوضين لما مر ان هبة المشاع لا تصح (بيع انتهاء) اي في انتهاء العقد بعد التقابض (فتثبت الشفعة) اذا كان عقارا كما مر (وخيار العيب والشرط والرؤية في كل واحد منهما) والفاء في قوله فيشترط وفي قوله فتثبت لتفريعهما على ما قبلهما من الكلام وعند زفر والائمة الثلاثة بيع مطلقا اي ابتداء وانتهاء لانها تمليك بدل من الابتداء فكان بيعا ولنا انه اشتمل على وجهين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فتجري فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجري فيه احكام البيع ولا منافاة بين الحكمين لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض ومن حكم البيع اللزوم وقد ينقلب الهبة البيع بالتعويض هذا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبتك دارا على ان تعوضني كذا اما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء كما في الحقائق والغاية وظاهره انه بيع ابتداء

ونحوه كما في البحر وفيه اشعار بانه اذا كان حرف الشرط كلمة ان بان يقول وهبتك كذا ان كان كذا ينبغي ان تكون الهبة باطلة كالبيع

( فصل )

في بيان احكام مسائل متفرقة ( ومن وهب امة الاحملها او ) وهبها ( على ) شرط ( ان يردها ) اي يرد الموهوب له الامة ( عليه ) اي على الواهب ( او ) على ان ( يعتقها او ) على ان ( يستولدها ) اي يتخذ الامة ام ولد ( صحت الهبة ) في الصور كلها ( وبطل الاستثناء ) لانه لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل قصدا لان ما في البطن ليس بمال ولا يعلم وجوده حقيقة فتصح فيهما وفي الجنين لا يجوز لانه جزء منها فلا يجوز استثناؤه بخلاف الوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز وكذا استثناؤه ( و ) بطل ( الشرط ) في الصور الباقية لكونه مخالفا بمقتضى العقد والتمليك فيكون فاسدا والهبة لا تفسد بالشرط الفاسد كما مر ( وكذا ) تصح الهبة وبطل الشرط ( او وهب دارا على ان يرد ) اي الموهوب له ( عليه ) اي على الواهب ( بعضها ) اي الدار ( او ) على ان ( يعوضه شيئا منها ) اي من الدار واعترض الزيلعي تبعا لصاحب النهاية على قولهم او يعوضه شيئا منها بان المراد به اما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان اراد ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد شيئا منها انتهى واجاب صاحب الدرر بان يختار الشق الاول وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة وصرح به بعض شراح الهداية وكذا الحال في الصدقة انتهى لكن ان ما جعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطا فاسدا موافق للخانية في مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب لكنه مخالف لما قاله التمرتاشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز لان الهبة تقتضي عوضا مجهولا وقد اجاب بعض الفضلاء بانا نختار الشق الثاني ولا تكرار لان في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى لكن الاولى ما في شرح الكنز للعيني من انه لا يلزم التكرار اصلا لان قوله على ان يرد عليه شيئا منها لا يستلزم ان يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام واما قوله او يعوضه شيئا منها فصريح بالعوض ولا شك انهما متغايران ( ولو دبر الحمل ثم وهبها ) اي الامة ( فالهبة باطلة ) لان المدبر يبقى على ملك الواهب

الى وقت فصار كهبة المشاع (جاز فيهما واعتقه) اى الحمل (ثم وهبها) اى الامة فانه يجوز العتق فى الولد والهبة فى الامة لان الجنين لم يبق على ملك الواهب فلم يشتغل الامة بغير حصته الولد (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك اوقال فانت برئ منه) اى من الدين (او) قال (ان اديت الى نصفه) اى الدين (فالباقى) اى النصف الآخر (لك او) قال له ان اديت الى (نصفه فانت برئ منه) اى من النصف الباقى (فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه ولا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله انت برئ من النصف على ان تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق كما فى التبيين وغيره ولو قال لمديونه ان كان لى عليك دين ابرأتك عنه وله عليه دين صح الابراء لانه تعليق بشرط كائن فيكون تنجيزا ولو قالت لزوجها المريض ان مت من مرضك هذا فانت فى حل من مهرى او قالت مهرى عليك صدقة فهو باطل لان هذه مخاطرة وتعليق ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فانت برئ من الدين الذى لى عليك جاز ويكون وصية من الطالب المطلوب كما فى المنح (والعمرى جائزة للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حيوته ولورثته بعده) اى بعد وفاته لقوله عليه الصلوة والسلام من اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته لان المفهوم منه بطلان الشرط لانه قال عليه السلام ولورثته كما بيناه فى اول الكتاب ثم اشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ردت) الدار (اليه) اى الى الواهب بطل شرط الرد بعد الموت للمعمر (والرقبى) بضم الراء (باطلة وان قبضها كانت عارية فى يده) هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف تصح كالعمرى) لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها وبه قال الشافعى واحمد والجواب عنه انه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية ثم اشار الى تفسيرها بقوله (وهى ان تقول ان مت قبلك فلك وان مت قبلى فلى) فيترقب كل واحد موت صاحبه وفى التنوير بعث الى امرأته متاعا وبعثت له ايضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضا يسترد كل ما اعطى الى فتاوى قاضى ظهير الدين من باب رجل تزوج امرأة وبعث هدايا اليها وعوضت المرأة الهدايا عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن ذلك عوضا وكان لكل واحد

منهما ان يسترد ( والصدقة كالهبة ) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك
( لا تصح ) الصدقة ( بدون القبض ) بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة
( ولا ) تصح ( في مشاع يقسم ) اى يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الامام
خلافا لهما على ما تقدم في الهبة ( ولا رجوع فيها ) اى في الصدقة
بعد القبض لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض ( ولو ) كانت الصدقة
( لغني ) استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله
وفي الخانية ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول
للواهب وفي العناية في هذا المحل كلام وفي حاشيته للمولى سعدى جواب فليطالع
( ولا ) رجوع ( في الهبة لفقير ) لان المقصود الثواب وقد حصل بخلاف الهبة
لغني لانها قد تكون لعوض دنيوى ( ولو قال جميع مالى او ما املكه لفلان فهو
هبة ) لان مملوكه لا يصير لغيره الا بتمليكه ( وان قال ما ينسب الى او ما يعرف لى )
لفلان ( فاقرار ) لانه لا يفهم منه التمليك وانما يفهم منه انه ملك لفلان ولكنه
منسوب الى بكونه في يدى فيكون اقرارا وفي التنوير هبة الدين ممن عليه الدين
وابراؤه عنه يتم من غير قبول تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل الا اذا سلطه
على قبضه وفي المنح نقلا عن جواهر الفتاوى لما سألته عمن كتب قصة الى السلطان
وسأل منه تمليك ارض محدودة فامر السلطان بالتوقيع فكتب كاتب السلطان
على ظهر القصة انى جعلت الارض ملكا له هل يصير الارض ملكا له
ام لا يحتاج الى القبول من السلطان في مجلس واحد فانه تمليك يحتاج الى القبول
عن السلطان في مجلس واحد قال هذا هو القياس لكن لما تعذر الوصول اليه
اقيم السؤال بالقصة مقام حضوره فاذا امره بذلك واخذ منه بالتوقيع تملك

## ( كتاب الاجارة )

عقبه بالهبة ترقيا من الاعلى الى الادنى فان الاجارة تمليك المنافع والهبة تمليك
العين والعين اقوى وهي في اللغة اسم للاجرة وهي ما يستحق على عمل الخير
وفي القهستاني فانها وان كانت في الاصل مصدر آجر زيد يأجر بالضم اى صار
اجيرا الا انها في الاغلب يستعمل بمعنى الايجار اذ المصدر يقام بعضها مقام
البعض فيقال آجرت اجارة اى اكريتها ولم يجئ من فاعل بهذا المعنى على
ما هو الحق كذا في الرضى وقال بعض اهل العربية الاجارة فعالة من المفاعلة
وآجر على وزن فاعل لا افعل لان الايجار لم يجئ والمضارع يواجر واسم الفاعل
المواجر وفي عين الخليل اجرت زيدا مملوكى اوجره ايجارا وفي الاساس آجر
وهو موجر ولم يقل مواجر فانه غلط ومستعمل في موضع قبيح وقد جوز صاحب

الكشاف في مقدمة الادب كون آجره الدار من باب الافعال والمفاعلة معا وفي الاصطلاح (هي) اى الاجارة (بيع منفعة) احتراز عن بيع عين (معلومة) جنسا وقدرا (بعوض) مال او نفع من غير جنس المعقود عليه كسكنى دار بركوب دابة ولا يجوز بسكنى دار اخرى للربوا (معلوم) قدرا وصفة في غير العروض لان جهالتهما تفضى الى المنازعة (دين) اى مثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب (او عين) اى قيمى كالثياب والدواب وغيرهما فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها وفي الدرر وانما عدل عن قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك لانه ان كان تعريفا للاجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد والشيوع الاصلى وان كان تعريفا للاعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلومية صحيحا وما اختير ههنا تعريف للاعم انتهى لكن المص قيد البدلين بالمعلومية فقد اخرج الاجارة الفاسدة بالجهالة عن التعريف وعندان المعتبر في الشرع هي الاجارة الغير المفضية الى النزاع وجعل ذكر المعلوم توطئة لقوله الآتي والمنفعة تعلم تارة الى آخره تدبر والقياس يأبى جواز عقد الاجارة لان المعقود عليه معدوم واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح لكنه جوز لحاجة الناس اليه وقد ثبت جوازه بالكتاب والسنة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى على ان تأجرنى ثماني حجج وشريعة من قبلنا لازمة ما لم يظهر نسخها واما السنة فقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه واما المعقول فلان بالناس حاجة اليه ولا مفسدة فيه وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وفي البحر والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم متأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما في البيع بشرط الخيار وتمامه فيه فليطالع وبهذا يندفع اعتراض المولى سعدى على الهداية بانه لا بد ان يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فما معنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك تدبر ومن محاسن الاجارة دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل واحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشق الانفس وسببها تعلق البقاء المقدر وشرطها معلومية البدلين وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة مثل ان يقول

اعرتك هذه الدار شهرا بكذا اووهبتك منافعها وتنعقد بالتعاطى كالبيع وشرطها ماتقدم من كون الاجرة والمنفعة معلومتين وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة كما فى المنح ولاتنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطى لان الاجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقا وقد يجعلون فلوسا وفى غير الطويلة الاجارة تنعقد بالتعاطى كذا فى الخلاصة قلت مفاد كلامه ان الاجرة اذا كانت معلومة فى الاجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى انتهى (وماصلح ثمنا) فى البيع (صلح اجرة) فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ومراده من الثمن ماكان بدلا عن شئ فدخل فيه الاعيان فان العين يصلح بدلا فى المقايضة فتصلح اجرة وفيه اشارة الى انها لو كانت الاجرة دراهم انصرفت الى غالب نقد البلد فان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة مالم يبين نقدا منها فان بين جاز والى انها لو كانت كيليا اووزنيا اوعدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة وقوله وماصلح ثمنا صلح اجرة لاينفى العكس حتى صلح اجرة مالايصلح ثمنا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا (وتفسد) الاجارة (بالشروط) كالبيع (ويثبت فيها) اى فى الاجارة (خيار الشرط) كما يثبت فى البيع (و) خيار (الرؤية) خلافا للشافعى فيهما (و) خيار (العيب) سواء كان حاصلا قبل العقد اوبعده (وتقال) الاجارة (وتفسخ) كما فى البيع كما سيأتى ولما ذكر فى التعريف معلومية المنفعة احتاج الى مابه تكون معلومة فقال (والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى) اى كاجارة الدار للسكنى (والزراعة) اى كاجرة الارض للزراعة (فتصح) اجارتها (مدة معلومة اية مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت فافاد انها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش احد العاقدين الى مثلها عادة واختاره الخصاف لان العبرة للفظ وانه يقتضى التوقيت كما لو تزوج امرأة الى مائة سنة فانه توقيت فيكون متعة ومنعه بعضهم لان الغالب كالمتيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها فافاد انها تجوز مضافا كما لو قال آجرتك هذه الدار غدا وللآجر بيعها اليوم وتنقض الاجارة كما فى الخلاصة وفى الخانية ولو كانت الاجارة الى الغد ثم باع من غيره فيه روايتان فى رواية ليس للآجر ان يبيع قبل مجئ الوقت وفى رواية جاز والفتوى على انه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى وتمامه فى المنح فليطالع وعند الشافعى فى احد قوليه لايجوز اكثر من سنة (وفى الوقف يتبع شرط الواقف) لانه كنص الشارع فى وجوب الاتباع (فان لم يشترط) الواقف

فى اجارته مدة بل سكت عنها ( فالفتوى ان لايزاد فى ) اجارة ( الاراضى على ثلث سنين وفى ) اجارة ( غيرها ) اى غير الاراضى ان لايزاد ( على سنة ) واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها وهو المختار كما فى الهداية وقد افتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلث سنين فى الضياع وعلى سنة واحدة فى غيرها الا اذا كانت المصلحة فى غيره وفى المحيط وهو المختار للفتوى فلو آجرها المتولى اكثر مما ذكر لم تصح وقيل تصح وتفسخ وهذه المسئلة وماقبلها ذكرت فى الوقف فما الفائدة فى تكرارها والحيلة فى الزيادة ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا فيكون العقد الاول لازما والباقى غير لازم لانه مضاف فلمتولى الوقف ان يفسخ الاجارة فى العقود الغير اللازمة اذا خاف بطلان الوقف لعلة مذكورة بخلاف ما اذا كانت الاجارة طويلة بعقد واحد كما فى الخانية وغيرها فعلى هذا يندفع اعتراض صدر الشريعة من ان علة عدم الجواز اذا كانت هذا المعنى اى دعوى الملك بمرور الزمان لاتصح الاجارة الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فى الزيادة ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه واعلم ان اجارة الوقف لاتجوز الا باجر المثل او اكثر ولو آجر الناظر بدون اجر المثل لاتصح الاجارة ويلزم المستأجر تمام اجر المثل وفى البحر متولى ارض الوقف آجرها بغير اجر المثل يلزم مستأجرها تمام اجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى قيل ان استأجر دار الوقف بمدة طويلة ان كان السعر بحالها حيث لم يزد ولم ينقص يجوز وان غلا اجر مثلها يفسخ العقد ويجدد ثانيا وكذا اذا استأجرها الى سنة فغلا السعر بعد مضى نصف السنة يفسخ العقد ويجب المسمى ويجدد ثانيا فيما بقى بخلاف الكرم المستأجر لياكل ثمرته فى رأس السنة ( و ) المنفعة ( تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته ) اى خياطة الثوب وفيه اشارة الى انه لابد ان يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ بانه احمر او نحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والمخيط ( وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة ) لما فى البحر من ان استيجار الدابة للركوب لابد فيه من بيان الوقت والموضع حتى لو خلا عنهما فهى فاسدة وبه يعلم فساد اجارة دواب الملافين الواقعة فى زماننا لعدم بيان الوقت او الموضع ( و ) المنفعة ( تارة ) تعلم ( بالاشارة كنقل هذا ) الطعام ( مثلا الى موضع كذا ) لانه اذا عرف ماينقله مع موضع ينتهى اليه صار معلوما ( والاجرة ) فى الاجارة ( لاتستحق بالعقد ) اى بنفس العقد فلا يجب تسليمها عينا كان او دينا عندنا لان حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة وهى معدومة

عند العقد واذا يقام العين مقام المنفعة فى حق اضافة العقد الى المنفعة كما يقام السفر مقام المشقة فتجب الاجرة مؤجلا موقتا على تحقق احد الامور الآتى ذكرها وعن هذا قال (بل تستحق بالتعجيل هو او بشرطه) اى بشرط التعجيل لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل المساواة التى هى حقه بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من البدل للتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبله ولايتغير هذا المعنى (او باستيفاء المعقود عليه) لتحقق المساواة بينهما اذ العقد عقد معاوضة (او التمكن منه) اى من استيفاء النفع اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ هذا اذا كانت الاجارة صحيحة فاما اذا كانت فاسدة لايجب شئ بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة الا بحقيقة الانتفاع ثم فرع على هذا بقوله (فتجب) الاجرة (او قبض) المستأجر (الدار ولم يسكنها) اى الدار (حتى مضت المدة) لان تسليم نفس المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به وفى النوازل اذا استأجر دابة الى مكة فلم يركبها ان كان بغير علة فى الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة فيها فلا اجر (وتسقط) الاجرة (بالغصب) الا اذا امكن اخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية كما فى التنوير (بقدر فوت التمكن) يعنى اذا غصب الدار المستأجرة غاصب من يد المستأجر فى جميع المدة سقطت الاجرة وان غصب فى بعضها سقطت بقدر ذلك واشار بقوله سقط الاجر الى ان العقد ينفسخ بالغصب كما فى الهداية خلافا لقاضيخان فانه قال لاتنفسخ واطلاقه شامل للعقار وغيره ومراده من الغصب ههنا الحيلولة بين المستأجر والعين لاحقيقته اذ الغصب لايجرى فى العقار عندنا قال صاحب المنح ولو انكر الموجر الغصب وادعاه المستأجر ولابينة له على دعواه يحكم الحال فان كان المستأجر هو الساكن فى الدار حال المنازعة فالقول للموجر وان كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا اجر عليه كمسئلة الطاحونة وفى تنويره ولو سلم اى او سلم الآجر المستأجر العين الموجرة بعد مضى بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع من ذلك اذا لم يكن فى مدة الاجارة وقت يرغب فى العين الموجرة لاجل ذلك الوقت فان كان فيها وقت كذلك اى يرغب فيها فى وقت معين دون وقت كما فى بيوت مكة ومنى خير فى قبض الباقى وفى السراجية وغيرها اذا سكن دارا معدة للغلة او زرع ارضا معدة للاستغلال من غير اجارة تجب الاجرة وعليه الفتوى وفى القنية تسليم المفتاح فى المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضى المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح

فى السواد ليس بتسليم الدار وان حضر المصر والمفتاح فى يده ( ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة ) لان العقد فى حق المنفعة ينعقد شيئا فشيئا وكان ينبغى ان يجب تسليمه ولو خطوة او سكنى ساعة الا انا جوزنا استحسانا وقدرنا بيوم ومرحلة لان هذا يفضى الى الحرج الا اذا بين زمان الطلب عند العقد فيوقف الموجر الى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر كما قال الامام اولا ( وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله ) اذ قبله لا ينتفع بالبعض فلا استحقاق للاجر ( وان ) وصلية ( عمل فى بيت المستأجر ) على ما فى الهداية والتجريد وفى المبسوط والذخيرة وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجرة بحسابه كما اذا سرق الثوب فى بيت المستأجر يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى وفى التنوير ثوب خاطه الخياط باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر له ولا يجبر على الاعادة وان كان الخياط هو الفاتق للثوب فعليه الاعادة كانه لم يعمل ( وللخباز ) طلب الاجر ( بعد اخراج الخبز ) من التنور لان تمام العمل بالاخراج وفى اطلاقه اشارة الى انه يستحق الاجر باخراج البعض بقدره لان العمل فى ذلك القدر صار مسلما الى صاحب الدقيق ( فان احترق ) الخبز ( قبل الاخراج ) من التنور ( سقط الاجر ) سواء كان فى بيت المستأجر او بيت الاجير لانه هلك قبل التسليم فعليه الضمان فى قول اصحابنا جميعا لان هذا جناية يده بتقصيره فى القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر كما فى الغاية وغيرها وبهذا ظهر لك ان قول الوقاية فان احترق بعد ما اخرجه فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقول صدر الشريعة اى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج غير موافق للمنقول عن الائمة الفحول كما فى الدرر لكن يمكن التوفيق بين كلام صاحب الوقاية وصاحب الغاية بان المراد بالاحتراق فى الوقاية ما لا يكون بصنعه وفى الغاية ما يكون بصنعه كما يدل عليه قوله بالاجماع واما ما قيل من انه لا ضمان فى الفصلين على الخباز لان الجناية غير واقعة منه فيهما هذا على ظاهر الرواية عن الامام كما قيل فى الهداية لانه لم يوجد منه الجناية فصاحب الوقاية اختار ما اختاره صاحب الهداية فليس بسديد لان قول صاحب الهداية لا ضمان عليه متعلق بقوله فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فقط لا فيما اذا احترق قبله تدبر ومن هذا قال ( وان ) احترق من غير فعله ( بعده ) اى بعد الاخراج ( فلا ) يسقط ( ان كان ) يخبز ( فى بيت المستأجر ) لانه بمجرد الاخراج

صار مسلما اليه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه وفيه اشارة بان من كان يخبز فى منزل نفسه لايستحق الاجر بالاخراج بل بالتسليم الحقيقى (ولاضمان) فيهما عند الامام (وقالا ان شاء المستأجر ضمنه مثل دقيقه ولااجر وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر) ولايجب عليه ضمان الحطب والملح وفى النهاية هذا الذى ذكر من الاختلاف اختيار القدورى واما عند غيره فهو مجرى على عمومه فانه لاضمان بالاتفاق اما عند الامام فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وقال القدورى يضمن عندهما مثل دقيقه لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم (وللطباخ للوليمة) طلب الاجر (بعد الغرف) اى بعد وضع الطعام فى القصاع اعتبارا للعرف والمقاليد للوليمة لانه لوكان لاهل بيته ولاعرف عليه كما فى الجوهرة فان افسده الطباخ او احرقه اولم ينضجه فهو ضامن للطعام واذا دخل الخباز اوالطباخ بنار ليخبز بها او يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلاضمان عليه (واضارب اللبن) على وزن الكلم اى للذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد اقامته) اى اقامة اللبن عن محله (عند الامام) حتى لوفسد بالمطر قبلها فلا اجر له (وقالا بعد تشريجه) وهو جعل بعض على بعض حتى لوفسد بعد الاقامة قبل النقل فلا اجر له اذلايؤمن الفساد قبله وله ان الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ماقبل الاقامة لانه طين منتشر هذا اذا لبن فى ارض المستأجر وان لبن فى ارض نفسه لايستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج قيل الفتوى على قولهما والعرف فى ديارنا على ماقاله الامام (ومن) كان (لعمله اثر فى العين كصباغ) يظهر لونا فى الثوب (وقصار يقصر بالنشا والبيض) هذا فى ديار الشام ليظهر البياض المستور وكذا حكم قصار يقصر بالماء الصافى كما فى ديارنا كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ (فله) اى للمستأجر (حبسها) اى العين (للاجر) لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به ولنا ان اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذلاوجود للعمل الا به وكان مضطرا اليه والرضاء لايثبت مع الاضطرار هذا اذا كان حالا اما اذا كان مؤجلا فلا يملك حبسها وفى الخلاصة هذا اذا عمل فى دكانه واما اذا عمل فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فان حبسها) للاجر (فضاعت) العين بلاتعد منه (فلاضمان) عليه لكونه امانة فى يده كما كان قبل الحبس

( ولا اجر له ) اذا هلك المعقود عليه قبل التسليم هذا عند الامام ( وقالا ان شاء المالك ضمنه معمولا وله الاجر ) لان العمل صار مسلما اليه تقديرا لوصول قيمته اليه فصار كما لو صار مسلما حقيقة ( او غير معمول ولا اجر ) لان العمل لم يصر مسلما اليه ( ومن لا اثر لعمله فيها ) اى فى العين ( كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له ) اى للعامل ( حبسها ) اى العين لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له اثر يقوم مقامها فلا يتصور حبسه ولو حبسها ضمن ضمان الغصب وصاحبها بالخيار ان شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة وله الاجر وان شاء غير محمولة ولا اجر ( بخلاف راد الآبق ) فان له حبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فاحياه بالرد فكأنه باعه فكان له حق الحبس ( واذا اطلق ) المستأجر ( العمل للصانع ) ولم يقيد بعمله ( فله ان يستعمل غيره ) كما اذا امر ان يخيط هذا الثوب بدرهم فاللازم عليه العمل سواء اوفاه بنفسه او باستعانة بغيره كالمأمور بقضاء الدين وقوله على ان يعمل اطلاق لا تقييد فله ان يستأجر غيره ( وان قيد بعمله بنفسه ) بان قال خطه بيدك ( فلا ) اى فليس له ان يستعمل غيره ولو غلامه او اجيره لان عمله يكون هو المعقود عليه والاخص ( ومن استأجر رجلا ليجيء بعياله ) من موضع ( فوجد بعضهم ) اى بعض العيال ( قد مات فاتى بمن بقى ) من العيال ( فله ) اى للاجير ( اجره بحسابه ) لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله كما فى الاسبيجابى على هذا لو قيد المص بقوله لو كانوا معلومين والا فكله لكان اولى وفى الخلاصة فان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة ( وان استؤجر لايصال طعام الى زيد فوجده ميتا ) او لم يجده ( فرده ) اى الطعام ( فلا اجر له ) لانه نقض المعقود عليه وهو حمل الطعام وايصاله اليه وقال زفر له الاجر لانه مقابلة الحمل الى البصرة وقد اوفى به وجنى فى رده فلا يسقط بجنايته حقه من اجرته ( وكذا ) لو استأجر ( لايصال كتاب اليه ) اى الى زيد ( فرده ) اى الكتاب ( لموته ) اى زيد ( او غيبته ) فلا شيء له عند الشيخين ( وقال محمد له اجر ذهابه هنا ) اى له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر هذا موافق لما فى الهداية وشروحها ومخالف لما فى المجمع وشرحه

حيث صرح بان ابا يوسف مع محمد لامع الامام لكن يمكن الحمل على اختلاف روايتين ( ولو تركه ) اى الكتاب ( هنالك ) للورثة وكذا اذا دفع الى وصيه ( فله اجر الذهاب اجماعا ) لانه اتى باقصى ما فى وسعه هذا اذا شرط المجئ والاوجب كل الاجرة اوترك الكتاب ثمه كما فى القهستانى وفيه اشارة الى انه لو وجده ولم يوصله اليه لم يجب له شئ من الاجر لانتفاء المعقود عليه وهو الايصال

## ( باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز )

لما فرغ من ذكر الاجارة وشروطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز ( وصح استيجار الدار والحانوت وان ) وصلية ( لم يذكر ما يعمل فيه ) اى فى كل واحد منهما استحسانا لان العمل المتعارف فى كل واحد منهما السكنى فينصرف العقد المطلق اليه والقياس ان لا يجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان ( وله ) اى المستاجر ( ان يعمل كل شئ ) من العمل لانها لا تختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وان يدق فيه وتدا وربط الدواب فى موضع معتاد له ويسكنها من احب سواء كان باجارة اوغيرها وليس للاجير ان يدخل دابته الدار المستاجرة بعدما سكن المستاجر وفيه اشارة الى انه لو قال عند العقد استاجرت هذه الدار للسكنى ليس له ان يعمل فيها غير السكنى كما فى القهستانى ( سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن ) من غير رضى المالك او اشتراطه ذلك فى عقد الاجارة لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحى الثور والماء لا رحى اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة ( و ) صح ( استيجار الارض للزرع ان بين ) المستاجر ( ما يزرع ) لجريان العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من بيانه ( او قال على ان يزرع فيها ما يشاء ) كيلا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفى الاستحسان

يجب الذي ينقلب الفاسد صحيحا والمستأجر يتضرر والظاهر انه بخلاف
البيع وفي القنية استأجر ارضا سنة على ان يزرع فيها ما شاء فله
ان يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا وفي البزازية آجرها وهي مشغولة بزرع غيره
ان كان الزرع بحق لا تجوز ما لم يستحصد الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل
وان بغير حق صحت (و) صح استئجار الارض (للبناء والغرس) اي غرس
الاشجار لان كل واحد منهما نفع مقصود بالاجارة (واذا انقضت المدة)
اي مدة الاجارة طويلة كانت او غير طويلة (لزمه) اي المستأجر (ان يقلعهما)
اي البناء والغرس (ويسلمها) اي الارض حال كونها (فارغة) لانه
لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفي تركهما على الدوام ضرر
لصاحب الارض سواء كان باجر او بغيره فوجب القلع وفي القنية استأجر ارضا
وقفا وغرس فيها وبنى ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجر ان يستبقيها باجر
المثل اذا لم يكن في ذلك ضرر ولو ابى الموقوف عليهم القلع ليس لهم ذلك انتهى
وفي البحر وبهذا يعلم مسئلة الارض المحتكرة (الا ان يغرم) المستأجر (الموجر)
وهو صاحب الارض (قيمة ذلك) اي البناء والغرس (مقلوعا) لان في ذلك
نظرا لهما (برضى صاحبه) اي صاحب البناء او الغرس ان لم تنقص الارض
بالقلع (وان كانت الارض تنقص بقلعه) اي البناء او الغرس (فبدون رضاه
ايضا) اي يغرم الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (ايضا)
اي كما يغرم برضاه ان كانت تنقص بقلعه ومعرفة قيمته ذلك ان تقوم الارض
بدون البناء والشجر وتقوم وفيها بناء وشجر ولصاحب الارض ان يقلعه
فيضمن فضل ما بينهما (او يرضيا) عطف على ان يغرم اي الا ان يرضى
الموجر والمستأجر لكن رضى الموجر يكفي فلا حاجة الى رضى المستأجر لما قالوا في
تعليله لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك
تأمل (بتركه) اي بترك كل واحد من البناء والغرس على الارض (فيكون البناء
والغرس لهذا) اي المستأجر (والارض لهذا) اي الموجر الذي هو صاحب
الارض (والرطبة) في الارض المستأجرة وكذا الكراث ونحوهما (كالشجر)
في القلع اذا انقضت المدة اذ ليس لانتهائهما مدة معلومة (والزرع يترك)
على الارض (باجر المثل الى ان يدرك) لان له نهاية معلومة فيوجد في التأخير
مراعاة الحقين بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى على حاله الى
الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على ما كان عليه اولى مادامت المدة
باقية والحق بالمستأجر المستعير فيترك الى ادراكه باجرة المثل كما في المنح واما الغاصب
فيؤمر بالقلع مطلقا (و) صح (استئجار الدابة للركوب والحمل و) استئجار

( الثوب للابس ) لجريان العادة بذلك ( فان اطلق ) الموجر المستأجر الركوب اواللبس بمعنى ان قول على ان يركبها من شاء و يلبس الثوب من شاء ( فله ) اى المستأجر ( ان يركب من شاء ويلبس من شاء ) لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ماشاء وفى التبيين ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ماشاء فسدت الاجارة للجهالة ( فاذا ركب ) الدابة ( اولبس ) الثوب ( هو ) اى المستأجر نفسه ( اواركب ) المستأجر الدابة ( اوالبس ) الثوب ( غيره تعين ) مرادا من الاصل ( فلا يستعمله غيره ) فصار كالنص عليه ابتداء وفى البحر واذا تكارى قوم مشاة ابلا على ان المكارى يحمل عليه من مرض منهم اومن عيى منهم فهو فاسد ( وان قيد ) الموجر ( براكب ) معين ( اولابس ) معين ( فخالف ضمن ) المستأجر اذا هلكت الدابة اوالثوب لان الناس يتفاوتون فى العلم بالركوب واللبس ولا اجر عليه وان سلم لانه مع الضمان ممتنع ( وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل ) فى كونه يضمن اذا هلك مع المخالفة والتقييد ( ومالا يختلف به ) اى باختلاف المستعمل ( فتقييده ) اى تقييد الموجر بشخص معين ( هدر فلو شرط ) الموجر ( سكنى واحد بعينه ) فى اجارة الدار ( جاز ) للمستأجر ( ان يسكن غيره ) لان الشرط ليس بمفيد لعدم التفاوت فى السكنى ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد و عند ابى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه ( وان سمى مايحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر ) يحمله على الدابة التى استأجرها ( فله ) اى للمستأجر ( حمل مثله اوما اخف منه ) فى الضرر ( كالشعير والسمسم لا ) اى ليس له ان يحمل عليها ( ماهو اضر منه ) كالملح لان الاصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى اكثر منها لم يجز فله ان يحمل كر حنطة لغيره لواستأجرها يحمل كر حنطة لانه مثله وله حمل كر شعير لانه دونه والقياس ان يضمنه بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ماكان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا وفيه اشارة بان سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير اوالقطن يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من البر كما فى شرح الكنز لكن ذكر فى الذخيرة فى هذا ايضا عدم الضمان وقال شيخ الاسلام انه لايضمن استحسانا وهو الاصح لان ضرر الشعير اوالقطن مثل ضرر الحنطة فى حق الدابة عند استوائهما وزنا وبه يفتى الصدر الشهيد كما فى النهاية ( وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا ) لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها

اكثر (وان زاد على ما سمى فعطبت) الدابة (ضمن قدر الزيادة ان كان تطيق ماحملها) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فاقسم عليهما حتى لوكان المأذون مائة من وزاد عليه عشرين منا ضمن سدس الدابة واشار بالزيادة الى انها من جنس المسمى فلو حمل جنسا آخر غير المسمى وجب جميع القيمة والى انه حمل الزيادة مع المسمى معا فاوحمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة كما فى البحر (والا) اى وان لم تطق ماحملها (فكل القيمة) لعدم الاذن فيه هذا اذا حملها المستأجر اما اذا حملها صاحبها بيده فلا ضمان على المستأجر وان حملا معا وجب النصف على المستأجر ولو حمل كل واحد جوالقا وحده لاضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ماكان مستحقا بالعقد ولم تعرض المص للاجر اذا هلك وفى الفوائد ان عليه الكراء لا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول الاجر فى مقابله الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد وفى البحر ولم يتعرض للاجر اذا سلمت ولم اره صريحا والقواعد تقتضى ان يجب المسمى فقط اما اذا حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام واما اذا حمله المستأجر زائدا على المسمى فلما فى الغصب لا تضمن عندنا ومن هنا يعلم حكم المكارى فى طريق مكة وان كان لا يجعل المستأجر الزيادة على المسمى الا برضى صاحب الدابة ولهذا قالوا ينبغى ان يرى المكارى جميع ما يحمله انتهى (وفى الارداف يضمن النصف) اى المستأجر اذا استأجر الدابة لركبها فاردف معه رجلا فعطبت يضمن المستأجر نصف قيمتها (ولا عبرة بالثقل) لان ركوب العالم بالفروسية لا يضمن وان ثقل وركوب غير العالم اضر وان خف هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق حملهما يضمن كل القيمة وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا كما فى التبيين وغيره (وان كبحها) اى الدابة من كبحت الدابة بلجامها اذا ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى (او ضربها فعطبت) اى هلكت (ضمن) عند الامام لانه فعل غير مأذون فيه (خلافا لهما) اى لا يضمن عندهما وعند الائمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لان الضرب فى السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وفى العناية ان ضربه للدابة يكون تعديا موجبا للضمان وقد يكون بالكبح لا بالسوق لا يضمن اتفاقا (وان تجاوزها) اى بالدابة (مكانا سماه فعطبت (ضمن) قيمتها لانه صار غاصبا (ولا يبرأ) من الضمان (بردها)

اى الدابة (الى ما سماه) اى الى مكان سماه (وان) وصلية (استأجرها ذهابا وايابا فى الاصح) وقال زفر لايضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع ولنا ان يد المستأجر ليست يد المالك ولابد من الرد اليه بعد التعدى وبالعود لايكون رادا لها اليه بخلاف المودع فان يده يد المالك فى الحفظ فاذا عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك حكما فقوله فى الاصح احتراز عما قيل انه يضمن اذا استأجر ذاهبا فقط لاجائيا لان الاجارة انتهت الى ذلك الموضع فيضمن بالتجاوز عنه قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافى التقييد اصح (ومن نزع سرج الحمار) الذى اكتراه بسرج (واسرجه بما يسرج به مثله) فهلكت (لايضمن) اتفاقا لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذلا فائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فح يضمن الزيادة كما فى الهداية (وان اسرجه او اوكفه بما لايسرج) متعلق بقوله اسرجه (او بما لايوكف به) متعلق بقوله اوكفه (مثله) فهلكت (ضمن) جميع قيمته لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وكذا ان اوكفه بما يوكف به مثله) عند الامام لان الاكاف يستعمل بغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل واثره يخالف ايضا لانه لاينبسط انبساط السرج فكان فى حق الدابة خلافا الى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فيضمن الكل قيد بكونه لايسرج مثله لانه اذا استأجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف لايضمن كما فى الخلاصة وفى البحر او استأجرها عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا اذا استأجرها من بلد الى بلد لايضمن وان استأجرها ليركبها فى المصر ان كان المستكرى من الاشراف لايضمن ثم قال وفى الكافى الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ وكان هو المذهب لانه ظاهر الرواية كما لايخفى انتهى (وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط) حتى لو كان وزن الاكاف ضعف وزن السرج ضمن نصف قيمتها لانعدام الاذن فى قدر الزيادة والجواب قدمر آنفا وفى العناية ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر فى الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن ما زاد وفى رواية الجامع يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن الامام فمنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن

(وان ذكر للحمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه)
اي على الحمال (ان لم يتفاوت الطريقان) لان التقييد غير مفيد عند عدم التفاوت
(وان تفاوتا) اي الطريقان بان كان الطريق المسلوك اعسر او ابعد او اخوف
من الطريق الآخر (او كان) الطريق المسلوك (مما لا يسلكه الناس) وان لم يكن
بين الطريقين تفاوت كما في شرح الوقاية لابن الشيخ وغيره وعلى هذا ظهر لك
عدم فهم من قال من انه لا حاجة اليه لان تفاوت الطريقين يغني عنه ويمكن
دفعه بالتكلف انتهى لانه لا بد من ذكر هذه المسألة لانها مستقلة تدفع قيد
بالتعيين لانه لو لم يبين لا ضمان وفي الخلاصة الحمال اذا نزل في مفازة وتهيأ له
الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر او سرقة فهو ضامن اذا كانت السرقة
والمطر غالبا (او حمله) اي حمل الحمال المتاع (في البحر) اذا قيد بالبر (فتلف)
المتاع في هذه الصور (ضمن) الحمال لصحة التقييد اما اذا تفاوتا ولا يسلكه
الناس فظاهر واما اذا حمله في البحر فلخطر البحر وندرة السلامة واطلاقه يشمل
ما اذا كان مما يسلكه الناس اولا وقيدنا بكونه قيده بالبر لانه لو لم يقيده به لا ضمان
كما في البحر (وان بلغ) قال الاتقاني السماع بلغ بالتشديد اي ان بلغ الحمال المتاع
ذلك الموضع الذي اشترط ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اي
اذا بلغ الى ذلك الموضع كما في البحر (فله الاجر) اي للحمال لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى فلا يلزم اجتماع الاجر والضمان لانهما في حالتين كما في
شرح الكنز للعيني (وان سمى زرع بر وزرع رطبة) اي من استأجر ارضا
ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (ضمن ما نقصت الارض) لان الرطاب اكثر
ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان
خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا اجر عليه)
لانه لما خالف صار غاصبا فاستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر قال العيني
وان زرع ما هو اقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه
خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا وفي المنح ما ذكر ههنا من عدم وجوب الاجر
ووجوب ما نقص من الارض هو مذهب المتقدمين من المشايخ واما مذهب
المتأخرين فيجب اجر المثل على الغاصب اذا كانت الارض للوقف او لليتيم
او اعدها صاحبها للاستغلال كالخان ونحوه (وان امر بخياطة ثوب قميصا
فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته) اي الثوب (وبين اخذ القباء ودفع
اجر مثله) لانه لما كان يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال
القميص كان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق
واخذ الثوب وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة وانما وجب اجر المثل

دون المسمى لان صاحبه انما رضى بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل ( لا يزاد على ما سمى ) كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة وفى البحر اطلقه فشمل ما اذا كان يستعمل استعمال القميص وما اذا شقه وجعله قباء خلافا للاسبيجابى فى الثانى حيث اوجب فيه الضمان من غير خيار وعن الامام انه لا خيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب ( وكذا ) خير المالك ( لو امر بقباء فخاطه سراويل فى الاصح ) للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا ( وقيل يضمنه هنا بلا خيار ) للتفاوت فى المنفعة

## ( باب الاجارة الفاسدة )

وجه التأخير عن الصحيحة ظ ( يجب فيها ) اى فى الاجارة الفاسدة ( اجر المثل لا يزاد على المسمى ) المعلوم عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة يجب الاجر بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان بالتسمية الزيادة فيه واذا نقص اجر المثل لا يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى فالحاصل ان المسمى ان كان مساويا لاجر المثل او زاد عليه فاجر المثل وان كان اقل منه فالمسمى كما فى القهستانى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب اجر مثله بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمى دابة او ثوبا او يستأجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة و يجب عليه اجر المثل بالغا ما بلغ ان سكنها ( ومن استأجر دارا كل شهر بكذا صح العقد فى شهر واحد فقط ) وفسد فى الباقى لان كلمة كل للعموم وقد تعذر العمل بها لان الشهور لا نهاية لها والواحد معين فيصح فيه واذا تم الشهر كان لكل منهما فسخ الاجارة لانتهاء العقد الصحيح من غير محضر صاحبه على قول ابى يوسف و بمحضره على قولهما وقيل لا يفسخ الا بمحضر صاحبه بالاتفاق ( الا ان يسمى جملة الشهور ) اى الا ان يعين كل الاشهر بان يقول آجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم مثلا لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع ( وكل شهر سكن ) المستأجر ( منه ) اى من الشهر ( ساعة صح فيه ) اى فى ذلك الشهر الذى سكن ساعة لحصول رضائهما بذلك ( ويسقط حق الفسخ ) اى لا يكون للموجر اخراجه الى ان ينقضى ذلك

الشهر الاخير لانه تم العقد بتراضيهما في اوله وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين (وفي ظاهر الرواية بقاؤه) اي بقاء حق الفسخ (في الليلة الاولى ويومها) اي لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها وبه يفتى كان اكثر المشايخ لان ذلك رأس الشهر وفي اعتبار اول الشهر نوع حرج لتعذر اجتماع المتعاقدين في ساعة رؤية الهلال ولو فسخ في اثناء الشهر لا ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال في اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة ولو قدم اجرة شهرين او ثلثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر ما قبض (وان آجرها) اي الدار (سنة بكذا صح وان) وصلية (لم يبين قسط كل شهر) لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وتقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) اي مدة الاجارة (ما سمي) ان وقعت التسمية بان قال من شهر رجب من هذه السنة مثلا (والا) اي ان لم تقع تسميته (فوقت العقد) هو المعتبر في ابتداء المدة لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين ان لا تكلم فلانا شهرا هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان عين المدة تعين ذلك وهو ظاهر (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل) على صيغة المجهول بمعنى يبصر الهلال والمراد من الحين اليوم الاول من الشهر دون ليله كما في اليمين (فتعتبر) السنة كلها (بالاهلة) لانها هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس (والا) اي وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل كان بعد ما مضى من الشهر (فبالايام) اي فتعتبر الايام في الشهور بالعدد وهو ان يعد كل شهر ثلثين يوما هذا عند الامام لانه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر اعتبار الثاني والثالث ايضا لان الشهر الاول لما وجب تكميله من الثاني لكونه متصلا به انتقص الثاني ايضا فوجب تكميله من الثالث وهكذا الى آخر المدة (وعند محمد الاول) اي الشهر الاول (بالايام والباقي بالاهلة) لان الاصل في الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر بالاول فيكمل بالايام الشهر الاخير (وابو يوسف معه) اي مع محمد (في رواية ومع الامام في اخرى وكذا العدة) فان الايقاع اذا كان حين يهل الهلال تعتبر شهور العدة بالاهلة وهذا بلا خلاف واذا كان في اثناء الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر بالايام اتفاقا وكذا في حق انقضاء العدة عنده واما عندهما فيعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالاهلة وذكر في النهاية ان العدة في هذه الصورة تعتبر بالايام

انفاقا كما فى القهستانى ( ويجوز اخذ ) الحمامى ( اجرة الحمام ) للتوارث والتعارف قال صلى الله تعالى عليه وسلم مارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن فلا تعتبر جهالة المنفعة فى مثل هذا ومن العلماء من كره الحمام لانه شريت باشارة النبى عليه السلام وكره بعضهم اتخاذه للنساء لانه قلما يخلو اجتماعهن عن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذه للرجال والنساء جميعا للضرورة كما فى اكثر المعتبرات ( و ) يجوز اخذ ( الحجام ) اجرته لما روى انه صلى الله تعالى عليه وسلم احتجم واعطى اجرته فكان قوله عليه السلام ان من حرام السحت كسب الحجام منسوخا بما روى ( لا ) يجوز ( اخذ اجرة عسب التيس ) هو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس بمعنى اخذ اجرة عسب التيس على حذف المضاف والمضاف اليه لان حقيقة العسب ليس بمكروه لانه سبب لبقاء النسل ولان الاستيجار للاحبال والانزاء وهو امر موهوم غير معلوم ( ولا ) يجوز اخذ الاجرة عند المتقدمين ( على الطاعات ) وفى شرح الوافى والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار عليها باطل ( كالاذان والحج والامامة ) والتذكير والتدريس والغزو ( وتعليم القرآن والفقه ) وقراءتهما لان القربة تقع على العامل ولقوله عليه السلام اقرؤا القرآن اى عملوا ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والتعبير والعلوم الادبية فان اخذ الاجرة فى الجميع جائز بالاتفاق وقال الشافعى يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان ( او المعاصى ) اى لا يجوز اخذ الاجرة على المعاصى ( كالغناء والنوح والملاهى ) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه عن طوع من غير عقد وفى شرح الكافى لا يجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل او شئ من اللهو ولا على قراءة الشعر ولا اجر فى ذلك وفى الولوالجى رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو او القافلة او العرس يجوز لانه طاعة ( ويفتى اليوم بالجواز ) اى بجواز اخذ الاجرة ( على الامامة وتعليم القرآن والفقه ) والاذان كما فى عامة المعتبرات وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات من بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم

على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن
وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن واما اليوم
فذهب ذلك كله وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة واشتغل
الحفاظ بمعاشهم وقلما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم يمنعهم من
ذلك فلو لم يفتح باب التعليم بالاجر لذهب القرآن فافتوا بجوازه لذلك ورأوه
حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا يرى ان النساء كن يخرجن
الى الجماعات فى زمانه عليه السلام وزمان ابى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه
حتى منعهن عمر رضى الله تعالى عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب
كما فى التبيين وفى النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا فى زماننا
وفى الخانية خلافه تتبع وفى المجمع يفتى بجواز الاستيجار على التعليم والفقه
والامامة كذا فى الذخيرة والروضة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه
لعدم التعارف كما فى شرح الكنز للعينى ( ويجبر المستأجر ) وهو الصبى او وليه
( على دفع ما سمى ) من الاجر ( ويحبس به ) اى بالاجر الذى سمى ( و )
يجبر ( على ) دفع ( الحلوة المرسومة ) الحلوة بفتح الحاء المهملة هدية تهدى
الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلاوى
وهى لغة مايستعملها اهل ماوراء النهر حتى لو لم يكن بينهما قول وشرط يؤمر
بارضاء المعلم وفى الخانية وغيرها رجل استأجر رجلا ليعلم ولده او عبده الحرفة
فيه روايتان فى رواية المبسوط يجوز وفى رواية القدورى لا يجوز فان بين لذلك
وقتا معلوما سنة او شهرا جازت الاجارة ويستحق المسمى تعلم الولد او لم يتعلم
وان لم يبين لذلك وقتا لا تصح الاجارة وله اجر المثل ان تعلم الولد والعبد
وان لم يتعلم فلا اجر له وفى الجواهر استوجروا لحمل جنازة مسلم او لغسل ميت فان كان
فى موضع لا يوجد من يفعله غير هؤلاء فلا اجر لهم وان كان فى موضع فيه اناس
غيرهم فلهم الاجر وفى التتف اجارة السفن جائزة وهى على وجهين احدهما
ان يستأجرها الى مدة معلومة والآخر ان يستأجرها الى مكان معلوم وكلاهما
جائزان ان مضت المدة وهى فى البحر فله ان يمسكها حتى تخرج من البحر ويعطيه
اجر مثلها وكذا اجارة الخيام والفساطيط جائزة وله ان ينصب ذلك كما ينصب
الناس فان احترق فى الشمس او فسد فى السفر من المطر او الثلج او تخرق من غير
عنف او خلاق فلا ضمان وكذا اجارة الاسلحة جائزة وله ان يقاتل ولا ضمان عليها
ان هلكت وان تعدى عليها فهلك فعليه الضمان ولا اجر عليه ( ولا تصح اجارة
المشاع ) سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالعروض او فيما لا يحتمل القسمة
كالعبد عند الامام لان اجارة للدار مثلا انما هى للانتفاع بعينها وهذا غير

مقصور في المشاع حيث لايمكن التسليم بخلاف بيعه والمراد من الشيوع الشيوع الاصلي لان الطارى لايفسد الاجارة في ظاهر الرواية عند الامام وعنده يفسدها (الامن الشريك) فانه يجوز مشاعا بالاجماع في ظاهر الرواية عن الامام لان الكل يجتمع على ملكه فلايلزم الشيوع وعنه لايجوز ايضا ثم اختلف المشايخ على قول الامام قيل لاينعقد حتى لايجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح (وعندهما تصح) اجارة المشاع (مطلقا) سواء آجر نصيبه شريكه اوغيره لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك والحيلة في جواز اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارى لايفسدها كامر ويحكم الحاكم بجوازه وفي المغنى الفتوى في اجارة المشاع على قولهما لكن في الخانية وغيرها الفتوى على قول الامام وبه جزم اصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب كما في المنح (وان آجر دارا من رجلين صح اتفاقا) لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع لتفرق الملك بينهما طار (ويجوز استيجار الظئر) وهي مرضعة (باجر معلوم) والقياس ان لايصح كاجارة البقرة اوالشاة ليشرب لبنها واجارة البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه انعقد الاجماع وقد جرى به التعامل في الاعصار بلانكير لانه عقد على منفعة هي تربية الصبي واللبن تابع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واقرب الى الفقه كما في الهداية وهو الصحيح كما في الكافي وقيل عقد على اللبن لانه المقصود والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفي العناية كلام فليطالع (وكذا) يجوز استيجارها (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند الامام لان الجهالة هنا لاتفضي الى النزاع لان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (خلافا لهما) اي قالا لايجوز قياسا للجهالة وهو قول الشافعي وفي الجامع الصغير ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وبين ذرعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام عوضا عنها واوبين جنس الطعام ووصفه وقدره جاز ايضا وفي الطعام لايشترط الاجل (وعليها) اي على الظئر (غسل الصبي وغسل ثيابه) عن البول والغائط لاعن الوسخ (واصلاح طعامه) بالمضغ اوالطبخ (ودهنه) بفتح الدال اي جعل الصبي مطلا بالدهن بالضم لان كلا منهما عليها عرفا والعرف معتبر فيما لانص فيه (ولا) يجب على الظئر (ثمن شيء منها) اي من هذه المذكورات (بل هو) اي ثمن طعامه ودهنه وماغسل به ثيابه من الصابون ونحوه (واجرها) اي اجر الظئر (على من نفقته) اي نفقة

للصبي ( عليه ) سواء كان واء دواة غيره من تجب عليه نفقته فلومات من تجب عليه نفقته فعلى الوصي من مال الصبي فلاتبطل الاجارة بموته وقال ابو بكر انها تبطل اذا كان للصبي مال كما في القهستاني ومانذكر محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فبناء على ماهو عرف الكوفة ثم فرعه بقوله (فان ارضعته) اى ان ارضعت الظئر الصبي بمعنى اوجرته فقولهم فان ارضعته يكون من قبيل المشاكلة (اى المدة ) اى فى مدة الرضاع ( بلبن شاة ) فى فمه ( او غذته ) من التغذية ( بطعام ) ومضت المدة ( فلا اجر لها ) لانها لم تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ماوقع عليه عقد الاجارة ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن كما فى العناية وفى المحيط لو استاجر شاة لترضع جديا اوصبيا لايجوز لان للبن البهايم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلايجوز وليس للبن المرأة قيمة فلاتقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة وفى القهستاني فان جحدته الظئر فالاعتبار لبينها ولبينتهم وان اقام كل بينة فبينتها وهذا اذا شهدوا انها ارضعته بلبن شاة وما ارضعته نفسها فلو اكتفى بالنفى لم تقبل لانها شهادة على النفى بخلاف الاول فان النفى فيها دخل فى ضمن الاثبات كما فى المحيط وفى الغرر بخلاف مااذا دفعته الى خادمتها حتى ارضعته حيث تستحق الاجر ( ولزوجها ) اى لزوج الظئر ( وطؤها ) اذا اراد لانه حقه فلايمكن المستاجر من ابطاله ( لا ) وطؤها ( فى بيت المستاجر ) اذ امنع المستاجر عن الوطئ فيه لانه ملكه فيمنعه فان لم يمنع بل اذن فيه جاز ( وله ) اى لزوج الظئر ( فسخها ) اى الاجارة ( ان لم تكن ) الاجارة ( برضاه ) سواء كان تشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس اولم تشنه فى الاصح لكن ليس على الاطلاق بل ( ان كان نكاحه ) اى نكاح الزوج ( ظاهرا ) بين الناس اويكون عليه شهود صيانة لحقه ( لا ) اى ليس له ان يفسخ الاجارة ( ان اقرت ) المرأة ( به ) اى بالنكاح لان الاقرار حجة قاصرة غير مقبولة فى ابطال حق الغير وهو المستاجر ( ولاهل الطفل فسخها ) اى الاجارة ( ان مرضت ) الظئر ( اوحبلت ) لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وكذا تفسخ المرضعة اذا مرضت اوحبلت ان خيف عليها وكذا تفسخ اذا تقيا لبنها اوكانت سارقة اوفاجرة ثابتا فجورها بخلاف مااذا كانت كافرة كما فى شرح الكنز وغيره وما فى القهستاني من انه صح استيجار الظئر الكافرة والفاجرة لكن نوى من ارضاع الحمقاء نوع مخالفة الاان يراد بالفاجرة غير ثابت فجورها اويراد

صحة الاستئجار فقط وكذا تفسخ اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها ولها ايضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر عادة بارضاع ولد غيرها ولا تفسخ بموت اب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال اولم يكن بخلاف موت الصبي او الظئر فانها انتقضت. ولو سافرت هي واهل الصبي تفسخ الاجارة (وفسد استئجار حائك لينسج له غزلا بنصفه) اى بنصف الغزل اوثلثه (او) استئجار (حمار ليحمل عليه طعاما) الى بيته (بقفيز منه) اى من الطعام بان جعل القفيز اجرته (او) استئجار (ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) اى دقيق ذلك البر اما فساد الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فصار فى معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله عليه السلام والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد قال ابو المكارم قال قاضيخان يجوز النسج بالثلث اوالربع وبه اخذ الفقيه ابو الليث والامام الحلوانى والامام ابو على النسفى (ويجب اجر المثل فى الكل لا يجاوز المسمى) لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان الاجير فيه ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر اذ ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفى المنح اشكال وجواب ان شئت فارجع وفى الهداية بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابى يوسف لا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك هذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما فى النهاية والعناية وفى التنوير اذا استأجره ليصيد له او يحتطب فان وقت جاز والا لا الا اذا عين الحطب وهو ملكه (وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الامام لان المعقود عليه مجهول لذكره فيه امرين يحتمل كل منهما ان يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستأجر لانه لا يعطى الاجر الى الموجر الا بعد تمام العمل والوقت ينفع الاجير لانه يستحق الاجر بمضى المدة سواء عمل اولم يعمل ولا رجحان فى احدهما فيؤدى الى النزاع ولو كان المعقود عليه كلاهما يلزم ان يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه احد عادة

(خلافا لهما) اى فالاجارة جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه فى اليوم فعليه ان يعمل فى الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل (ولو قال فى اليوم) بكلمة فى (صح اتفاقا) لان كلمة فى الظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضى الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر ارضا ان يكربها) من كرب الارض اذا اصلحها بالحراث من باب نصر (و يزرعها او) استأجرها على ان (يسقيها و يزرعها صح) الاستئجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقى (و) ان استأجرها (على ان يثنيها) ان كان المراد بالتثنية ان يرد الارض مكروبة تفسد الاجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة وهذا شرط لا يقتضيه العقد وسبب الفساد بقاء النفع لرب الارض فتوجد صفقتان فى صفقة وهى منهى عنها وان كان المراد كرب الارض مرتين وكانت الارض تخرج الريع بكربها مرة والمدة سنة واحدة فتفسد الاجارة ايضا لما مر وان كانت تخرجه بكربها مرتين لا تفسد لعدم بقاء اثر التثنية وكذا لا تفسد ان كانت المدة فى هذه الصورة سنتين او اكثر لعدم منفعة التثنية (او) استأجرها على ان (يكرى نهرها) اى يحفر انهارها العظام تفسد الاجارة لبقاء منفعة فى العام القابل بخلاف الجداول كما فى التبيين (او) على (ان يسرقنها) اى يجعل السرقين عليها وهو الزبل وهو معرب و يقال له السرجين تفسد الاجارة لبقاء الاثر بعد الانقضاء الا اذا كان الريع لا يخرج الا بالسرقين او كانت المدة طويلة (لا يصح) الاستئجار فى الكل لما قررناه آنفا (وكذا) لا يصح الاستئجار (للزراعة) اى لزراعة الارض (بزراعة) ارض (اخرى) بان جعلت زراعة الارض الاخرى اجرة بها (وللركوب) اى لا يصح استئجار دابة ليركبها (بركوب) دابة اخرى ليركبها الآخر بمقابلتها (وللسكنى) اى لا يصح استئجار دار ليسكنها (بسكنى) دار اخرى ليسكنها الآخر بمقابلتها (وللبس) اى لا يصح استئجار ثوب ليلبسه (بلبس) ثوب آخر ليلبسه الآخر بمقابلته و يكون من قبيل بيع الشئ بجنسه نسيئة وذا لا يجوز خلافا للائمة الثلاثة وفى الدرر كلام ان شئت فطالع ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فله اجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن ابى يوسف انه لا شئ عليه (وان استأجر شريكه او حماره) اى حمار شريكه (لحمل طعام لهما) اى الطعام (لهما لا يلزم الاجر) الذى سماه ولا اجر المثل لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع

بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر وعند الائمة الثلثة تجوز هذه الاجارة و يجب المسمى لانه اوفى المشروط عنه (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) اى كما لايجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه وفى المنح لو استأجر حماما فدخل الآجر مع بعض اصدقائه الحمام فانه لاتجب الاجرة لانه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ولا يسقط شئ من الاجرة لانه ليس بمعلوم (وان استأجر رجل (ارضا ولم يذكر) انه يزرعها اولم يبين (مايزرعها لايصح) العقد لان استيجار الارض غير مختص للزراعة وكذا مايزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلابد من التسمية عند العقد والا لايعلم المعقود عليه فيفضى الى الفساد هذا (ان لم يعمم) الموجر اما ان عمم بان يقول على ان تزرع ماشئت فيصح لوجود الاذن منه (فان زرعها) بلا ذكر الزراعة اومايزرع فيها (ومضى الاجل عاد) العقد (صحيحا وله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة استحسانا لارتفاع الجهالة وانقطاع المنازعة فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفى القياس لايعود وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا فيلزم اجر المثل كما فى اكثر الكتب ومافى المنح من انه وعند محمد لايعود صحيحا وهو القياس مخالف لاكثر الكتب تدبر (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر مايحمل عليه فحمل المعتاد) اى مايحمل الناس على مثله (فنفق) اى هلك فى الطريق (لايضمن) المستأجر لان العين المستأجر امانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة هذا اذا لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار مع الحمل (مكة) شرفها الله تعالى (فله) اى للموجر (المسمى) من الاجرة عند العقد استحسانا لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا وفى البزازية تكارى دابة الى فارس فالاجارة فاسدة لان فارس وخراسان وخوارزم والشام وفرغانة وسغد وماوراء النهر وهند والخطاى والدشت والروم واليمن اسم للولاية وبخارى وسمرقند وبلخ وجرجانية وهراة واوزجند اسم البلدة وجعل شمس الائمة بخارى اسم الولاية ففى كل موضع هو اسم الولاية اذا بلغ الادنى له اجر المثل لايجاوز عن المسمى وفى كل موضع هو اسم البلد اذا وصل البلد يلزم البلاغ الى منزله (وان اختصما) اى الموجر والمستأجر (قبل الزرع) فى مسئلة استيجار الارض بلا ذكر الزرع (و) قبل (الحمل) فى مسئلة استيجار الحمار (نقضت الاجارة للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذا فلو اختصما بعد الزرع او الحمل لايقضى بنقض العقد لعدم الامكان

بل يجب على ما كان فلا يندفع الفساد في المسئلة السابقة الا بمضى الاجل او بالبلوغ في المسئلة الثانية ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده هذا عند ابي يوسف وعند محمد يجب الاجر كله وفي التنوير اجارة المنفعة بالمنفعة تجوز اذا اختلفا واذا اتحدا لا

## ( فصل )

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان الحكام بعد الاجارة وهي الضمان والاجير نوعان مشترك وخاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه ان لا يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فقط فهو مشترك اذا كان لا يمنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره وفي الغرر الاجير المشترك من يعمل لا لواحد او يعمل له غير موقت اوموقتا بلا تخصيص وفي القهوري الاجير المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وفي التبيين هذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص واجاب صاحب العناية انه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل لا فلا يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين وذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو الصحيح لكن قوله لان المعقود ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وتمامه فيه فليطالع قال الزيلعي والاوجه ان يقال الاجير

على معلوم ببيان محله ليسلم عن النقض و . . . .

واردا على منافعه ولا تصير معلومة الا بذكر المدة اوبذكر المسافة وتمامه فيه فليراجع ( ولا يستحق ) الاجير المشترك ( الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار ) ونحوهما لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر ( والمتاع في يده ) اى في يد الاجير ( امانة لا يضمن ان هلك ) المتاع من غير فعله عند الامام وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسا سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب اولا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والعدو والمكابر لان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه فلا يكون الحفظ

مقصودا بالذات ولذا لايقابله الاجر لان الاجر في الاجارة بمقابلة العمل اوالوصف بخلاف المودع باجر لان حفظه مقصود حتى يقابله الاجر ( وان ) وصلية ( شرط ) عليه ( ضمانه ) لانه شرط لايقتضيه العقد ر به ) اى بعدم الضمان ( يفتى ) وفي الخانية والفتوى على قول الامام وفي المنح وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات وبه جزم اصحاب المتون وكان هو المذهب ( وعندهما ) وعند مالك والشافعي في قول ( يضمن ان امكن التحرز منه ) اى من الهلاك ( كالغصب والسرقة بخلاف مالايمكن ) التحرز عنه ( كالموت ) حتف انفه ( والحريق الغالب والعدو والمكابر ) لكونه سببا لصيانة اموال الناس وافتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة لاختلاف الصحابة والائمة وعلى هذا حكم الولاة والقضاة عملا بالقوانين وفي شرح المجمع نقلا عن المحيط الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان فاسدة لايضمن اتفاقا ( ويضمن ما ) اى الذى ( تلف بعمله ) اى بعمل الاجير المشترك ( اتفاقا كتخريق الثوب من دقه ) اى دق القصار ( وزلق الحمال ) اذالم يكن من مزاحمة الناس كما في الاصلاح فان التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي ( وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى ) الحمل فان التلف الحاصل به حصل من تركه التوثيق في شد الحبل ( وغرق السفينة من مدها ) وفيه اشارة الى ان السفينة لوغرقت من موج اوريح اونحوهما لم يضمن كما في القهستاني وقال زفر والشافعي لايضمن لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب وانا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة ينبغي ان يكون المراد بقوله ماتلف بعمله عملا جاز فيه القدر المعتاد على مايأتى في الحجام اوعملا لايعتاد فيه المقدار المعلوم لكن مافي المنح نقلا عن العمادية مخالف لانه قال وان هلك بفعله بان تخرق بدقه اوعصره يضمن عندنا بخلاف البزاغ والحجام فان البزاغ ونحوه لايضمن ماهلك بفعله اذالم يجاوز المعتاد ومعناه ان الاجير المشترك يضمن ماهلك بفعله تجاوز المعتاد اولا تدبر ( لكن لايضمن به ) اى بغرق السفينة ( الادمى ) من مدها ( ممن غرق في السفينة اوسقط من الدابة ) وان كان بسوقه اوقوده لان ضمان الآدمى لايجب بالعقد بل بالجناية ومايجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لايتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه قيل هذا الكلام اذاكان ممن يستمسك على الدابة وركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لافرق فيه ( ولايضمن فصاد ولا بزاغ لم يجاوز المعتاد ) فانه لايجب الضمان اذا سرى الى النفس لانه ليس بالوسع لعدم العلم بحصول الموت الا ان يجاوز الموضع المعتاد لان

ذلك غير مأذون فيه فيضمن الزائد هذا كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف الدية حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لان النفس تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن نصف الدية وهو من اغرب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك وتفصيله في المنح قال بديع سئل صاحب المحيط عن فصاد جاءه غلام وقال افصدني ففصده فصدا معتادا فمات من ذلك الفصد قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد وسئل عن رجل فصد نائما وتركه حتى مات في سيلان الدم قال يجب عليه القصاص كما في الفصول العمادية ( ولو انكسر دن في طريق الفرات ) ذكر الفرات للشهرة بالوفرة والزيادة بلا فائدة ( فللمالك ان يضمنه ) اى الحمال ( قيمته ) اى قيمة الدن التي تقوم ( في مكان حمله ولا اجر له او ) يضمن قيمته ( في مكان كسره وله ) اى الحمال ( الاجر بحسابه ) اما الضمان فلان السقوط بالعثار او بانقطاع حبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا كما في الهداية ( و ) ثاني الوجهين ( الاجير الخاص ) وهو ( من يعمل لواحد ) قيد صاحب الدرر بقوله عملا موقتا بالتخصيص وقال فوائد القيود عرفت مما سبق ( ويسمى اجير وحد ) ايضا ( ويستحق ) الاجير الخاص ( الاجر بتسليم نفسه ) اى اجر ( مدته ) اى المدة سواء عمل اولم يعمل مع التمكن بالاجماع ( كمن استوجر للخدمة ) الى المدة ( سنة او لرعي الغنم ) لهذا المستأجر دون غيره لان المعقود ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وصار كالوباع عبدا من رجل حيث لا يملك بعد من آخر وفي شرح الوافي واعلم انه ان استأجره لرعي غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا يرعى غنم غيري فحينئذ يصير اجير وحد وان استأجره رعي غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحد الا ان يقول ويرعى غنم غيري وفي الذخيرة ولو استأجره يوما يعمل في الصحراء فمطرت السماء بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لا اجر له لان تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي المرغيناني كما في القهستاني وفي المنح وان هلك في المدة نصف الغنم او اكثر من النصف فله الاجرة كاملة ما دام يرعى منها شيئا لان المعقود عليه هو تسليم

نفسه وقد وجد وليس للراعي ان ينزو على شئ منها بغير اذن صاحبها
لان الانزاء حمل عليها فان فعل فعطبت ضمن وان كان الفحل نزا عليها فعطبت
فلا ضمان عليه لانه بغير فعله كما في الجوهرة وفي العمادية ثم الراعي اذا كان اجير
وحد فمات من الاغنام واحدة حتى لا يضمن لا ينقص من الاجر بحسابها
لان الغنم لو ماتت كلها لا ينقص من الاجر شئ انتهى وهو مخالف لقول الجوهرة
مادام يرعى منها شيئا كما لا يخفى (ولا يضمن) الاجير الخاص (ما تلف في يده)
بان يسرق منه او غاب او غصب (او بعمله) لان العين امانة في يده بالاتفاق
لانه لا يتقبل الاعمال الكثيرة من الناس فلا يوجد العجز والتقصير في الحفظ بخلاف
الاجير المشترك المأذون كانكسار القدوم او تخرق الثوب عند العمل اذا لم يتعمد
الفساد لانه يتقبل الاعمال الكثيرة من الخلق طمعا في الاجر فيعجز عن القيام فيجب
عليه الضمان عندهما استحسانا صيانة اموال الناس كما مر وفي المنح الراعي
اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز لا يضمن ويكون القول
قوله في تعيين الدواب انها لفلان وان كان خلطا لا يمكن التمييز يكون ضامنا
قيمتها والقول في مقدار القيمة قول الراعي وتعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط
فان دفع غنم رجل الى غير صاحبها فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعي بذلك
ضمن الراعي ولا ضمان على المدفوع اليه ولا يقبل قول الراعي على المدفوع اليه
ان كان الراعي اقر وقت الدفع انها للمدفوع اليه ولو ندت بقرة من الباقورة فخاف
البقار انه لو تبعها يضيع الباقي كان في سعة من ان لا يتبعها ولا ضمان عليه بالاتفاق
ان كان الراعي خاصا وان مشتركا فكذلك عند الامام وعندهما يضمن وفي
الثور استأجر حمارا فضل عن الطريق ان علم انه لا يجده بعد الطلب لا يضمن
وفي الجواهر بقار ترك البقور مع صبي لحفظهن فهلكت بقرة وقت السقي بآفة
فان كان للصبي قدرة الحفظ لم يضمن والا يضمن ولو جاء البقار ليلا وزعم انه رد
البقرة وادخلها القرية فطلبها صاحبها ولم يجدها ثم وجدها بعد ايام في قرى
الجبانة قد عطبت قالوا ان كان العرف فيما بينهم ان البقار يدخل البقور في القرية
ولم يطلبوا منه ان يدخل كل بقرة في منزل صاحبها كان القول قول البقار مع
يمينه انه ادخل البقرة في القرية فلا ضمان عليه (وصح ترديد الاجر) اي جعله
مترددا (بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ما سمي له نحو) لو قال للخياط
(ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين) فاي عمل من هذين العملين عمل
يستحق المسمى هذا عند الكل لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والاجر
قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهالة وعند زفر والائمة الثلاثة لا يجوز
للجهالة المعقود عليه للحال (و) كذا لو قال للصباغ (ان صبغته بعصفر

فبدرهم وبعفران فدرهمين ) هذا عند الكل الماس ( و ) كذا لو قال للمستأجر ( ان سكنت فى هذه الدار فدرهم فى الشهر او ) ان سكنت ( فى هذه الدار ( فبدرهمين و ) كذا لو قال ( ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او ) ان ركبتها ( الى واسط فدرهمين ) قيل فيه اختلاف الخلاف لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون قول الكل او قول الامام خاصة ( وكذا يصح لو ردد بين ثلثة ) اشياء بان قال ان خطته فارسيا اوروميا اوتركيا ( لا ) يصح ( بين اربعة اشياء ) كما فى البيع والجامع دفع الحاجة غير انه يشترط خيار التعيين وفى البيع دون الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل واذا وجد يصير المعقود عليه معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول ( ولو قال ) للخياط ( ان خطته اليوم فبدرهم او ) ان خطته ( غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل ) لكن ( لا يجاوز ) اجر المثل ( نصف درهم ) لانه هو المسمى فى اليوم الثانى قال القدورى هى الصحيحة وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هذا عند الامام لان ذكر اليوم للتعجيل دون التوقيت ويدل عليه هنا نقص الاجر لو اخر العمل الى الغد فبقى فى اليوم الثانى تسميتان احديهما درهم والاخرى نصف والتسميتان فى عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل كما لو قال خطه اليوم بدرهم اونصفه فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت اذ لو كان للتأقيت يفسد العقد لاجتماع الوقت والعمل فيصير اجيرا مشتركا واجيرا خاصا وانه لا يجوز وكذا لا يكون ذكر الغد لترفيه بل يكون للتعليق فيجوز فى الاول دون الثانى على ما مر وفى اكثر الكتب ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند الامام واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه ( وقالا الشرطان جائزان ) حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا فله نصف درهم لان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فوجدت فى كل واحد من وقتين التسمية مقصودة فصارا عقدين كاختلاف النوعين كالرومية والفارسية وعند زفر الشرطان فاسدان وهو قول الائمة الثلاثة لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه والتوسيع فيجتمع فى كل يوم تسميتان ( ولو قال ان سكنت ) بالتشديد من باب التفعيل ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثلاثى فعلى هذا يكون قوله عطارا او حدادا حالا ويكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك عطارا او حال كونك حدادا ( هذا الحانوت عطارا فبدرهم او ) سكنت ( حدادا فبدرهمين جاز ) عند الامام لانه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة فى العمل ترتفع عند المباشرة

(خلافالهما) اى قالا لايجوز لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولايدرى ايهما يجب فلايجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة (وكذا الخلاف) بين الامام وصاحبيه (لوقال ان ذهبت بهذه الدابة) الباء للتعدية الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها) اى الحيرة منتهيا (الى القادسية فبدرهمين اوقال ان حملت عليها الى الحيرة كرشعير فبدرهم وان حملت كربر فبدرهمين) فالعقد جائز فيهما عند الامام لمامر انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية وعندهما لايجوز وبه قال زفر والائمة الثلاثة لان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد (ولا) يجوز ان (يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه) اى بلااشتراط السفر لان فى خدمة السفر زيادة مشقة فلاينتظمها الاطلاق وعليه عرف الناس فانصرف الى الحضر بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لايتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه الا اذا شرط ذلك اوكان وقت الاجارة متهيأ للسفر وعرف بذلك فيجوز ولوسافر المستأجر بالعبد المستأجر ضمن قيمته لمالكه اذا هلك لانه صار غاصبا ولااجر عليه وان سلم لان الاجر والضمان لايجتمعان (ولواستأجر عبدا محجورا فعمل) العبد (واخذ الاجر لايسترده منه) اى لايسترد المستأجر مادفعه اليه لعمله من العبد المحجور لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا لان الفساد لرعاية حق المولى فبعد الفراغ رعاية حقه فى الصحة ووجوب الاجر له والقياس ان يسترده لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وهو قول الائمة الثلاثة وفى شرح الكنز للعينى وعليه اجر المثل وكذا الحكم فى الصبى المحجور عليه اذا اجر نفسه فالاجر له ولواعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الاجارة ولاخيار للعبد فاجر مامضى للسيد واجر مايستقبل للعبد وان آجره المولى ثم اعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر مامضى للمولى وان اجاز فاجر مايستقبل للعبد والقبض للمولى واذاهلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال تجب عليه قيمته ولايجب عليه الاجر (ولوآجر العبد المغصوب نفسه) لاخر (فاكل غاصبه) اى العبد اجره (لايضمنه) اى لايضمن الغاصب مااخذ من الاجر من يد العبد فاتلفه عند الامام لان الضمان انمايجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لايحرز نفسه فكيف يحرزمافى يده كما لوآجره الغاصب فاخذ اجره فاتلف حيث لاضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه اوتصدقه وهو اولى لتطرق خبث فيه (خلافا لهما) اى قالا يضمن لانه اكل مال المالك بغير اذنه لان الاجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على مامر فيكون

الاجر راجعا الى مولاه ( وما وجده ) من الاجر ( سيده اخذه ) فى يد العبد وغيره بالاتفاق لانه عين ماله ولايلزم من بطلان التقوم بطلان الملك ( وقبض العبد اجره ) من المستأجر ( صحيح ) بالاجماع لانه المباشر للعقد فيخرج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء الى العبد ( ولو آجر ) رجل ( عبده ) هذين الشهرين آخر ( شهرا باربعة ) دراهم ( وشهرا بخمسة ) دراهم من غير تعيين منهما ( صح ) العقد على الترتيب المذكور ( والاول باربعة ) لانه لما قال شهرا باربعة ينصرف الى مايلى العقد تحريا بالجواز فينصرف الثانى الى مايلى الاول ضرورة ( ولو استأجر عبدا فابق اومرض ) يعنى اذا استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض اوآبق واختلفا ( فادعى ) المستأجر ( وجوده ) اى وجود المرض اوالاباق ( اول المدة و ) ادعى ( المولى وجوده قبل الاخبار بساعة حكم الحال ) اى يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر وعن هذا قال ( فان كان ) العبد ( حاضرا ) وقت الدعوى فى صورة الاباق ( وصحيحا ) فى صورة المرض ( صدق ) المولى ويحكم بانه ليس كذلك من اول المدة فيجب الاجر ( والا ) اى وان لم يكن حاضرا او صحيحا وقت الدعوى ( فالمستأجر ) اى يصدق المستأجر ويحكم بان مرض العبد اواباقه من اول المدة ( وكذا الاختلاف فى انقطاع ماء الرحى وجريانه ) اى وكذا لوقال المالك ماء الطاحونة كان جاريا فى المدة وقال المستأجر لم يكن جاريا فيها فالقول للمالك ان كان جاريا والا فللمستأجر وفى الخلاصة رجل استأجر رحى ماء وبيتها ومتاعها مدة معلومة باجرة معلومة فانقطع الماء سقط من الاجر بحسابه وان لم ينقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة وان اختلفا فى نفس الانقطاع يحكم الحال ( ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصانع امرتنى بما صبغت صدق رب الثوب ) لان الاذن يستفاد من قبل رب الثوب فكان اعلم بكيفيته فالقول قوله مع يمينه الا يرى لوانكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته ( وكذا الاختلاف فى القميص والقباء ) بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه ( فان حلف رب الثوب ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول ) اى صاحب الثوب بعد الحلف مخير ان شاء ضمنه قيمة ثوب غير معمول ( ولا اجر له اواخذ الثوب واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى ) على مابينا من قبل وعن محمد انه يضمن له مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابى ليلى القول قول الصانع ( وان قال رب الثوب

عملت لی بلا اجر وقال الصانع باجر فالقــول لرب الثوب ) لانه ينكر تقوم عمـل الصانع لانه يتقوم بالعقد ولانه ينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر مع يمينه عنــد الامام فی القياس وعند الشافعی فی قول واحمــد القول للصانع ( وعند ابی يوسف ) القول ( للصانع ان كان حريفا ) ای معاملا له بان سـبق بينهمــا اخذ واعطاء يلزمه له الاجر لان ما سبق من المعاملة يدل علی انه يعمل باجر فقام ذلك مقام الاشتراط فی الاستحسـان ( وعند محمــد ) القول ( للصـانع ان كان معروفا بعمله بالاجر ) لانه فتح الحانوت لاجل الاجر جری ذلك مجری التنصيص علی اعتبار الظاهر فی الاستحسان فجواب الامام عن استحسـانهما ان الظ يصلح للدفع لا للاستحقاق وهنا تحتاج الی استحقاق الاجر والفتوی عـلی قول محمد كما فی التبيين وغيره

## ( باب فسخ الاجارة )

وجه التأخــير عما قبله ظ اذ الفسخ يعقب العقــد لا محالة ( تفسخ الاجارة بعيب فوت ) صفة عيب ( النفــع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض او ماء ( الرحی ) فان كلا منهما يفوت النفــع فيثبت خيار الفسخ وفی الهــداية ومن اصحابنا من قال بان العقــد لا ينفسخ لان المنـافع فاتت عـلی وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فی العبد وعن محمــد ان الآجر لو بناها ای بعد الخراب ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه علی انه لا ينفسخ لكنه ای العقد يفسخ وهو الاصح ولو انقطع ماء الرحی والبيت مما ينتفــع به لغــير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه وفی التبيين فاذا استوفاه لزمته حصته وفی الولوالجی رجل استأجر ارضا ليزرعها فزرعها ولم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع والمسئلة علی وجهين اما ان يستأجرها بشربها او بغير شربها ففی الوجه الاول سـقط عنه الاجر لفوات التمكن من الانتفاع وفی الوجه الثـانی ان انقطع ماء الزرع علی وجه لا يرجی فله الخيار وان انقطع قليلا قليلا ويرجی منه السـقی فالاجر عليه واجب ولو لم ينقطــع الماء لكن سـال الماء عليهــا حتی لا يتهيأ به الزراعــة فلا اجر عليه لانه عجز عن الانتفاع به وصــار كما اذا غصبه غاصـب وفی الخانية رجل استأجر ارضا فانقطع الماء قال ان كانت الارض تسـقی من ماء الانهار لا شیء علی المستأجر وكذا اذا كانت بماء السماء فانقطع المطر ( او اخل ) عطف علی قوله فوت ( به ) ای بالنفع يعنی العيب لا يفوت النفع بالكلية بل يخل به بحيث ينتفع به فی الجملة ( كمرض العبد او دبر الدابة ) الدبرة واحدة الدبر بالفتح جراحة تحدث فی ظهرها من ثقــل الرحل فان الاجارة تفسخ به ايضـا

وفي شرح الوقاية لابن الشيخ ولا حاجة الى القضاء ولا الى الرضاء في الفسخ بعيب لفوات النفع عليه ويحتاج الى القضاء او الرضاء بالعيب الذي يخل به عند عامة المشايخ لفوات النفع على وجه يتصور عوده (فلو انتفع) المستأجر (به) اى بالمستأجر (معيبا) ورضي بالعيب (او ازال الموجر عيبه سقط خياره) اى خيار المستأجر لحصول الرضى والتمكين من الانتفاع فيجب عليه اجرة كاملا وفي المنح وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وماكان من البناء على رب الدار فان ابى صاحبها كان للمستأجر ان يخرج من الدار الا ان يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها لرضائه بالعيب واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار بلاجبر عليه لانه لايجبر على اصلاح ملكه فان فعل ماذكر من الاصلاح المستأجر فهو متبرع فيه فليس له ان يحبسه من الاجرة وكذا تفسخ الاجارة بخيار الشرط والرؤية عندنا خلافا للشافعي (وتفسخ) الاجارة (بالعذر) عندنا لان المعقود عليه في الاجارة النفع وهو غير مقبوض فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع خلافا للشافعي لان العقد في الاجارة واقع على الاعيان ليكون المنافع بمنزلتها عنده فيكون الاجارة كالبيع فلا تفسخ بالعذر بل تفسخ بالعيب وبه قال مالك واحمد وابو ثور (وهو) اى العذر (العجز عن المضي على موجب العقد الابتحمل ضرر غير مستحق به) اى بعقد الاجارة (كقلع سن سكن وجعه) اى السن (بعدما استوجر له) اى لقلع السن فان العقد ان بقي لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد (وطبخ اولية ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها) اى لوليتها (او) طبخ اولية (اختلعت) عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها فان العقد ان بقي تضرر المستأجر باتلاف ماله في غير الوليمة (وكذا) تفسخ (او استأجر دكانا يتجر فيه فذهب ماله) اى مال المستأجر وافلس (او آجر شيئا فلزمه) اى الموجر (دين لايجد قضاءه) اى قضاء دينه (الامن ثمن ما آجره) من دار او دكان (ولو) وصلية (باقراره) اى ولو كان الدين باقرار الموجر لانه لو بقي العقد يلزمه الحبس لاجله حيث لايقدر مالا سواه وهو ضرر لم يستحقه بالعقد وفيه اشارة الى انه لو كان له مال غيره لاتفسخ (او استأجر عبدا للخدمة في المصر او مطلقا) اى بلاتقييد بالمصر (فسافر) المستأجر فانه يثبت حق الفسخ لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا عن المقيدة بالمصر وفي منع المستأجر عن السفر ضرر لم يستحق بالعقد ولو اكتفى بقوله مطلقا لكان اخصر واشمل للمصر وغيره تدبر (او اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه) اى ظهر للمستأجر مايوجب المنع من السفر

لاحتمال كون قصده سفر الحج فذهب وقته اوطلب غريمه فحضر اوالتجارة فافتقر وغير ذلك فانه يثبت له حق الفسخ لانه لومضى على موجب العقد لزمه ضرر زائد ( ولو بدا للمكارى منه ) اى ولوظهر له ( مايوجب المنع ) من السفر ( فليس بعذر ) لانه لايلزمه ضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث تلميذا اواجيرا ( ولو مرض ) المكارى ( فهو عذر فى رواية الكرخى ) لانه لايعرى عن ضرر لان غيره لايشفق على دابته مثله وهو لايمكنه الخروج بخلاف مااذا لم يمرض ( دون رواية الاصل ) لماذكرنا وفى القهستانى الفتوى على الرواية الاولى فلهذا اختار المص فقدمها ( ولو استأجر خياط يعمل لنفسه ) لالغيره ( عبدا يخيط له ) اى الخياط ( فافلس ) الخياط ( فهو عذر ) لانه يلزمه الضرر على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله ( بخلاف خياط يخيط بالاجر ) فانه ليس بعذر لان رأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلايتحقق الافلاس فيه ( وبخلاف تركه ) اى الخياط ( الخياطة ليعمل فى الصرف ) حيث لايكون عذرا لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية من الدكان وهو يعمل فى الصرف فى ناحية ( وبخلاف بيع ماآجره ) فان هذا ليس بعذر للفسخ بدون لحوق دين لامكان استيفاء المستأجر والعين على ملك المشترى كمايستوفيها والعين على ملك البايع كمافى الشمنى وقال ابو المكارم وهل يجوز البيع اختلفت الروايات فيه فى الكفاية قال الامام السرخسى الصحيح ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع وهو اختيار صدر الشهيد وفى الخانية هواصح الروايات وفى الجامع الصغير كل ماذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لايحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخت والايفسخها الحاكم قال قاضيخان والمحبوبى وهو الاصح ( ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه ) اى عمل الخياطة ( لعمل آخر فعذر ) تفسخ به الاجارة لان الواحد لايمكنه الجمع بين العملين بخلاف مااستأجر الخياط عبدا يخيطه فترك الخياطة لعمل الصرف لان العامل ثمة شخصان فامكنهما كمافى الهداية وفى الفرائد وفيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الاخر فيه مكان عمل الخياطة فلايلزم الجمع بين العملين انتهى لكن يمكن ان يجاب بان المكان الذى تعمل فيه الخياطة لايمكن ان يعمل فيه عمل آخر فى اكثر البلاد عادة فيلزم العذر ( وكذا لواستأجر عقارا ثم اراد السفر ) فهو عذر لما فيه من المنع عن السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر اوالزام الاجر بدون

الاجماع بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه
استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر (وتنفسخ) الاجارة بلا حاجة الى الفسخ
(بموت احد العاقدين) اي احد من الآجر والمستأجر وعند الائمة الثلاثة
لا يبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا
للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فينقض (عقدها لنفسه) حال
من احد اي حال كون احد العاقدين قد عقدها لنفسه او صفة احد مع تعرفه
بالاضافة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبني لان المعرف بلام العهد
الذهني وما اضيف اليه في حكم النكرة (وان عقدها) اي الاجارة (لغيره فلا)
تنفسخ الاجارة بموته (كالوكيل) يعقدها لموكله (والوصي) وكذا الاب
والقاضي يعقدها لمحجوره (ومتولي الوقف) يعقدها للوقف لان الموجر
والمستأجر باقيان فلا يلزم ما مر من عدم الجواز لانعدام الانتقال حتى لو مات
المعقود عليه بطلت ولو مات احد المستأجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة
في نصيبه وبقيت في نصيب الآخر وقال زفر تبطل في نصيب الحي ايضا لانها
اجارة المشاع ولنا ان عدم الشيوع شرط في ابتداء العقد لا في بقائه

## ( مسائل منثورة )

اي هذه مسائل متفرقة على ابواب الاجارة قد تداركها وجمعها في آخر الكتاب
(وان احرق) المستأجر (حصائد ارض مستأجرة او مستعارة) وهي جمع
حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والنبت والمراد هنا ما بقي من اصول القصب
المحصود في الارض (فاحترق) بسببه (شيء في ارض غيره لم يضمن) لانه
غير متعد في التسبيب فلم يوجد شرط الضمان لان فعله وقع في ملك نفسه كمن حفر
بئرا في داره فوقع انسان لا ضمان عليه (ان كانت الريح هادئة) حين اوقد
النار ثم تحركت لانه لا صنع له والهادئة من هدأ بالهمزة اي سكن وفي بعض
النسخ هادنة من هدن اي سكن (وان كانت) الريح (مضطربة ضمن)
لانه قد فعل مع علمه بعاقبته فافضى اليها فجعل كمباشر وهذا القول الذي ذكره
من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي كما في اكثر
المعتبرات وفي التنوير بنى المستأجر تنورا او دكانا في الدار المستأجرة واحترق
بعض بيوت الجيران او الدار لا ضمان عليه مطلقا اي سواء بنى باذن صاحب
الدار اولا الا ان يجاوز ما يصنعه الناس وفي التبيين او وضع جمرة في الطريق
فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن
لان الريح نسخت فعله ولو اخرج الحداد الحديد من الكور في دكانه فوضعه

على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامل واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا يحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن ( ولو اقعد خياط او صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح ) هذا العمل لان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولا يكون حاذقا فى العمل فيقعد حاذقا يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول لكنه جاز استحسانا لان احدهما يقبل العمل بالوجاهة والآخر يعمل بالحذاقة فبذلك تنتظم المصلحة ولا تضره الجهالة الحاصلة من الكسب قيل لان تخصيص العمل باحدهما لا يدل على نفى العمل عن الآخر فاذا تقبل احدهما العمل والآخر يعمل يجوز كما يجوز فى شركة الصنائع والتقبل لعدم الجهالة المفضية الى النزاع قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وقال العينى فى شرح الكنز وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس شئ فى هذه من بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه انتهى لكن يمكن بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليبا لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سببا تأمل ( وكذا ) صح ( لو استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين ) يقعد ان فيه ( الى مكة ) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد فلهذا قال ( وله ) اى للمستأجر ( المحمل المعتاد ) بين الناس والقياس ان لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعى ( وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود ) لانه اقرب لحصول الرضى ( وان استأجره ) اى الجمل ( لحمل زاد فاكل ) المستأجر ( منه ) اى من الزاد فى الطريق ( فله ) اى للمستأجر ( رد عوضه ) اى عوض ما اكل لان المستحق عليه حمل معلوم فى جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعى فى الاظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لا يصح بالاجماع ( ولو قال لغاصب داره فرغها ) اى الدار ( والا ) اى وان لم تفرغ ( فاجرها كل شهر كذا فلم يفرغ ) الغاصب بعد ذلك بل مكث فيها اياما ( فعليه ) اى الغاصب ( المسمى ) اى الذى سماه له المالك من الاجر اوجود الالتزام بسبب عدم التفريغ ( فان جحد الغاصب ملكه ) اى كون الدار ملك من يدعيها ( او لم يجحد لكن قال ( لا اريدها ) اى الدار ( بالاجرة فلا ) عليه المسمى لانه حينئذ لا يكون ملتزما بالاجارة ( وان )

وصايه ( يرهن ) السدىّ ( على تمكد بعد عقده ) اى بعد عقد العاصب لان الشبه بعد ذلك لاتعيد فى حق الاجارة وكذا لا يلزم عليه الاحر اذا اقر بالاك له لكن قال له لا ار بد بالاقرار الاجر لعدم وصايه صريحا بالاجارة ( ومن آجر ما استاجره باكثر ) من الاجر الاول ( يتصدق بالفضل ) لانه ربح مالم يضمن وعند الشافعى يطيب له الفضل هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاول لانه لولم يكن من جنسها طاب الفضل اتفاقا ذكره الطحاوى كما فى شرح المجمع قال المولى خسرو جاز للمستأجر ان يوجر الاجر من غير موجره ولا يجوز ان يوجره لموجره لان الاجارة تملك المنفعة والمستأجر فى حق المنفعة قائم مقام الموجر فيلزم تمليك المالك وفى المنح تفصيل فليراجع وفى العرر وكيل لاستيجار دار فعمل وقبض الوكيل ولم يسلمها الى الموكل حتى مضت المدة رجع الوكيل بالاجر على الآمر كذا ان شرط تعجيل الاجر وقبض الوكيل ومضت المدة ولم يطلب الآمر وان طلب الامر وابى ليعجل لا يرجع ( وتصح الاجارة ) حال كونها ( مضافة ) الى زمان فى المستقبل بان قال مثلا اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار مكذا الى سنة هذا عندنا لان مطلقها يقع مضافا لان انعقادها يتجدد بحسب ما يحدث من المنفعة على ما عرف ووقوع المفسد اولى بالجواز خلافا للشافعى لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين ( وكذا ) تصح ( فسخها ) اى فسخ الاجارة كما اذا قال فاسختك هذا هذه الاجارة رأس الشهر الاتى ولو قال اذا جاء رأسه فقد فاسختك لم يجز وقال السرخسى جاز والفتوى على الاول وفى العمادى انه لا يصح اجماعا ( وكذا ) تصح ( المزارعة والمعاملة ) اى المساقاة ايضا بالاضافة كما اذا قال دفعت اليك هذه الارض او الاشجار للزراعة او العمل فيها بعد شهر من هذا الوقت لان كلا منهما اجارة ( و ) كذا ( المضاربة ) كما اذا دفع عشرة دراهم الى فلان وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه لم يصر مضاربا الا بعد صيرورتها عشرين درهما ( والوكالة ) كما اذا قال بع عبدى غدا فانه يصير وكيلا لا يصح تصرفه الا بعد الغد واختلف فى العزل قبله وصح الرجوع اجماعا وشرط علم الوكيل لانهما من باب الاطلاق كالطلاق والعتق والوقف ( والكفالة ) بان قال ما ذاب لك على فلان فعلى لانها الزام المال ابتداء فيصح اضافتها ( والايصاء ) اى جعل الغير وصيا بان قال اذا مت فانت وصيى فيها اختلف اذ الايصاء لا يتصور فى الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة ( والوصية ) بان قال ثلث مالى لفلان لانها تمليك بعده ( والقضاء والامارة ) كما شاء فى القضاء ( والطلاق ) بان قال لامرأته ان قدم فلان فانت طالق لا تطلق

حتى يجئ ( والعتق ) بان قال لعبده انت حر اذا جاء رأس الشهر ( والوقف ) كما اذا قال ارضى هذه موقوفة غدا وفى القهستانى وتصح العارية والاذن فى التجارة مضافين كما فى العمادى وفيه اشعار بانه لم يصح تعليق كل منهما وقد صح تعليق المزارعة والمساقاة كما فى النهاية وينبغى ان لا يصح فسخ كل منهما غير الاجارة مضافا انتهى ( لا ) يصح كل واحد ( من البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين ) حال كونه مضافا الى زمان فى المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وفى التنوير فسخ العقد بعد تعجيل البدل فلا يجعل حبس البدل حتى يستوفى مال البدل كما فى التبيين استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط المستأجر فاسدا اذا اجاز صحيحا جازت وقيل لا وفى الغرر المستأجر لا يكون خصما لمدعى الاجارة والرهن والشراء بخلاف المشترى

## ( كتاب المكاتب )

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة خرج به النكاح والعتاق على مال فان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة قيل الانسب ان يذكر عقيب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا لكن لا نم ذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب الاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات كما فى العناية لكن فى حاشية المولى سعدى كلام فليطالع والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء واصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا خرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة اولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلا منهما يكتب الوثيقة ( الكتابة ) فى اللغة مصدر كتب وفى الشرع ( تحرير المملوك يدا ) اى من جهة اليد ( فى الحال ورقبة ) اى من جهة الرقبة ( فى المآل ) اى فى المستقبل لان المكاتب لا يتحرر رقبة الا اذا ادى بدل الكتابة واما فى الحال فهو حر من جهة

العبد فقط حتى يكون احق بكسبه ويجب على المولى المصاب بالجناية عليه او على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه من مولاه والفاظها كاتبتك على كذا او ما يقوم مقامه (في كاتب مملوكه ولو) وصلية (صغيرا يعقل) قيده لانه اذا لم يعقل العقد لا يجوز اتفاقا لانه ليس باهل له ولا والعقد موقوف عليه (بمال حال) بان يؤدي البدل عقيب العقد (او) بمال (مؤجل) بان يؤدي كله في مدة معلومة (او) بمال (منجم) بان يؤدي في كل شهر مقدارا معلوما من البدل الاولى بالواو كما في النهاية حيث قال وكون بدلها منجما ومؤجلا فليس بشرط عندنا تدبر (فقبل) المملوك ذلك (صح) العقد عندنا لاطلاق قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية فتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب ولانه عقد معاوضة والبدل معقود عليه فاشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه لان توهم القدرة كاف هنا كما في البيع وقيل يمكن ان يستقرض فيقدر على الاداء ولو كان مديونا للغير وقال الشافعي لا يجوز كتابة الصغير لانه ليس باهل للتصرف وكذا لا يجوز عنده الا منجما واوله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد لكن قيد التأجيل زيادة على النص فرد كما في سائر المعاوضات والامر في هذه الآية ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه واما الندبية فمتعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله تعالى عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ويعتق باداته وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع خلافا للشافعي ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع كما في الهداية وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل (وكذا او قال) المولى (جعلت عليك الفا تؤديه

نجوما ) اى متفرقا على النجم ( اولها ) اى اول النجوم ( كذا ) من الدرهم ( وآخرها كذا ) منها ( فاذا اديته ) اى الالف ( فانت حر وان عجزت فقن ) اى فانت قن على حالك ( فقبل ) العبد ذلك صح ( العقد ) وصار مكاتبا والقياس ان لا يجوز لان فيه تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به قيل قوله جعلت عليك يحتمل عقد الكتابة ويحتمل الضريبة على العبد فلا تتعين جهة الكتابة الا بقوله فان اديته فانت حر فيكون قوله وان عجزت فقن حثا للعبد على الاداء ( ولو قال ) المولى ( اذا اديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق ) يعنى يكون اعتاقا بالمال لا بالمكاتبة فى رواية ابى حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح لان التنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون مكاتبا ( وقيل مكاتبة ) وهو رواية ابى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة ( واذا صحت الكتابة خرج المكاتب ( عن يد المولى ) لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر ( دون ملكه ) اى لا يخرج من ملك المولى لما رويناه ثم فرع عليه بقوله ( فان اتلف ) المولى ( ماله ) اى مال المكاتب ( ضمنه ) اى ضمن المولى ما اتلفه لكونه اجنبيا فى مال كسبه ( وكذا ) ضمنه ( ان وطئ المولى المكاتبة ) اى يغرم العقر لانها تخرج بعقد الكتابة من يد المولى فصار كالاجنبى فى حق نفسها ( اوجنى ) المولى ( عليها ) اى على المكاتبة ( اوعلى ولدها ) اى يغرم المولى ارش الجناية لها ولولدها لكونه اجنبيا فى حقها وولدها ( وان كاتبه ) اى ان كاتب المولى عبده ( على قيمته ) بان قال كاتبتك على قيمتك ( فسدت ) الكتابة لان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب اودابة ولان الكتابة على القيمة تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة ( فان اداها ) اى القيمة ( عتق ) العبد لكونها بدلا معنى ( وكذا ) تفسد الكتابة ( اوكاتبه على عين لغيره ) بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو مملوك لغيره ( يتعين ) صفة عين ( بالتعيين ) كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين فى ظاهر الرواية لعدم القدرة على تسليم ملك الغير وعن الامام يجوز ان قدر على تسليمها بان يملكها وفيه اشارة الى انه لو كاتب على دراهم اودنانير بعينها وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات

فيتعلق بدراهم دين في الذمة لا بدراهم الغير فيجوز (او على مائة دينار ويرد) السيد (عليه) اى العبد (عبدا غير معين) اى او كاتبه على مائة على ان رده سيده عبدا بغير عينه بان قال ادّ الى مائة دينار على ان تأخذ مني عبدا بغير ان عينه فانت حر فالكتابة فاسدة عند الطرفين بناء على ان استثناء العبد من المائة لا يصح لانعدام شرطه وهو المجانسة وانما يصح استثناء قيمته ولكنها مجهولة لاختلاف المقومين فيها (وعند ابي يوسف تجوز) الكتابة (وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط العبد) اى حصته (والباقي) من المائة بعد حصته (بدل الكتابة) يعني اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء خمسين ويسقط خمسون لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على عبد فكذا يجوز استثناؤه هذا في عبد غير معين حتى او شرط ان يرد عبدا معينا صح اتفاقا (وان كاتب المسلم) عبده (بخمر او خنزير فسد) العقد سواء كان العبد مسلما او كافرا لانهما ليسا بمال فلا يصلحان للعوض في عقد المعاوضة وكذا لو كان المولى ذميا والعبد مسلما لان اسلام احد الطرفين يمنع صحة العقد (فان اداه) اى ان ادى المكاتب الخمر او الخنزير (عتق) العبد (ولزمه قيمة نفسه) هذا في ظاهر الرواية سواء اتى بالشرط بان قال ان اديت الخمر فانت حر او لم يأت به لانهما مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن الطرفين انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها الى فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط (والكتابة على ميتة او دم باطلة) لانهما ليسا بمال اصلا عند احد (ولا يعتق باداء المسمى) لعدم انعقاد الكتابة بطلانها فلا يلزم على المكاتب شئ وفي الاختيار ولو علق العتق بادائهما عتق بالاداء لوجود الشرط (ويجب القيمة) اى قيمة العبد (في) الكتابة (الفاسدة) لان الواجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فوجب رد قيمته بالغة ما بلغت لان المولى لم يرض بالنقصان والعبد رضي بالزيادة لئلا يبطل حقه في العتق لان عتقه اولى له من الرقبة الى آخر عمره وعن هذا قال (ولا تنقص) القيمة (عن المسمى) لما مر ان المولى لم يرض بالنقصان (وتزاد) القيمة (عليه) اى على المسمى ان كانت زائدة عليه فيسعى في قيمة نفسه) بالغة ما بلغت لما مر قيل هذه المسئلة متعلقة بمسئلة الخمر لان بدل الكتابة في الفاسدة هو قيمة المكاتب وقيل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة

الخمر لان وضع المسئلة فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابدا فالعقد فاسد فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الف لاتنقص وان زائدة زيدت عليه وقبل هذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة لان القيمة فى الكتابة الفاسدة من جنس المسمى فقيمة المكاتب ان كانت ناقصة عن المسمى لاتنقص منه وان زائدة زيدت عليه (وصحت) الكتابة (على حيوان ذكر جنسه فقط) كالعبد والفرس (لا وصفه) كالجيد والردى ولابد للص ان يذكر النوع بان يقول ولانوعه كما فى اكثر المعتبرات لان الكتابة بدون ذكر النوع كالتركى والهندى جائزة لانها مبادلة مال بمال من حيث ان العبد مال فى حق المولى ومبادلة مال بما ليس بمال من حيث ان العبد ليس بمال فى حق نفسه فتقع الكتابة بين الجواز والفساد فحمل على الجواز فالجهالة بعد ذكر الجنس لاتضر لكونها يسيرة لان مبناها على المسامحة وقال الشافعى لايجوز هذا العقد للجهالة (ولزم) المكاتب (الوسط) اى الحيوان الوسط (اوقيمته) اى قيمة الوسط لان كل واحد اصل من وجه فالعين اصل تسمية والقيمة اصل ايضا لان الوسط لايعلم الا بها فاستويا فيخير ويجبر المولى على قبول ما ادى (وصح كتابة الكافر عبده الكافر بخمر مقدر) لانها مال عندهم بمنزلة الخل عندنا وانما قال مقدر ولم يقل مقدرة بناء على ماقاله صاحب القاموس انه قد يذكر (واى) من السيد وعبده (اسلم فللسيد قيمتها) اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد (باداء عينها) اى الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعلق العتق باداء الخمر اذهى المذكورة فى العقد كما فى الرمز وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لوادى الخمر لايعتق ولوادى القيمة يعتق وفى الغرر وصحت على خدمة شهر للمولى اوغيره اوحفر بئر او بناء دار اذا بين قدر المعمول والاجر بما يرفع النزاع ولاتفسد الكتابة بشرط الا ان يكون فى صلب العقد

## (باب تصرف المكاتب)

(له) اى للمكاتب (ان يبيع ويشترى ويسافر) لانه لايقدر على تحصيل البدل الابها وقوله (وان) وصلية (شرط عدمه) اى عدم سفر المكاتب متصل بما قبله اى له ان يسافر وان شرط عليه المولى ان لايخرج من البلد استحسانا لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لايسافر الاباذنه وهو القياس (ويزوج امته) اى للمكاتب ان يزوج امته بالاجماع لما مر انه

من باب الاكتساب باخذ المهر والخلاص عن نفقتها ( و ) له ( ان يكاتب عبده ) او امته ايضا لكونها اكتسابا باخذ بدل الكتابة ايضا فيكون داخلا في العقد كالبيع بل هو انفع منه لان الكتابة لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع يزيل قبل وصوله وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعي واحمد لان المآل هو العتق والمكاتب ليس من اهله ( فان ادى ) المكاتب الثاني الكتابة ( بعد عتق ) المكاتب ( الاول فولاؤه ) اى المكاتب الثاني ( له ) اى المكاتب الاول لانه صار اهلا بعد العتق ( وان ) ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة ( قبله ) اى قبل عتق المكاتب الاول ( فللسيد ) اى ولاء المكاتب الثاني لسيد المكاتب الاول لا المكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره ولو اديا معا فولاؤهما للمولى لكونه اصلا ( وليس له ) اى المكاتب ( ان يتزوج بلا اذن ) من المولى لانه ليس من الاكتساب لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ويجوز باذنه لان الحجر لاجله فاذا اذن جاز ( ولا ) ان ( يهب ) لانها تبرع ( ولو ) وصلية ( بعوض ) لانها تبرع ابتداء ( ولا يتصدق ) لانه تبرع ايضا ( الا بيسير ) منهما لانهما من ضرورات التجارة ( ولا يكفل ) مطلقا سواء كان في المال او في النفس بامر او بغير امر لانها تبرع محض ( ولا يقرض ولا يعتق ولو ) وصلية ( بمال ) لانه ليس باهل ( ولا يزوج عبده ) لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا رقبته بالمهر والنفقة ( ولا يبيعه من نفسه ) لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه ( والاب والوصي في رقيق الصغير ) الذي تحت حجرهما ( كالمكاتب ) في التصرفات المذكورة من تزويج الامة وكتابة رقيق الصغير لا على اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولا تزويج عبده ( ولا يملك ) العبد ( المأذون شيئا من ذلك ) عند الطرفين ( وعند ابي يوسف له ) اى للمأذون ( تزويج الامة وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك ) شركة عنان ومفاوضة انهما لا يملكون شيئا مما ذكرناه لكون التجارة والتزويج والكتابة ليس منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل فك الحجر في المال وهو ليس بمال فلا يملكونه ولهذا لا يملكون تزويج العبد لان فيه منفعة على ما بينا ( وان اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل في كتابته ) لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا بعد تحقيقا للصلة بقدر الامكان فيدخلون في كتابته تبعا له والمراد دخول الولد المولود في الكتابة ثم الوالد المشترى ثم الولد المولود وعن هذا يتفاوتون

فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات
ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه واولاد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا
والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا
( واو اشترى ) المكاتب ( ذا رحم محرم غير الولاد ) كالاخ وابنه والعم وابنه
( لا يدخل ) فيجوز له بيعه عند الامام لان المكاتب لا ملك له حقيقة الا انه يقدر
على الكسب فالمكاتب فقير كاسب وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد لا فى
غيرها ولهذا تجب نفقة الاولاد والوالدين على من قدر على الكسب واو كان
فقيرا واما نفقة الاخ والعم فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير ( خلافا لهما )
فانهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء فلا يجوز بيعه لان وجوب الصلة يشمل
القرابة المحرمية ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم عليه
ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم ونحو ذلك من الاحكام
وعند الائمة الثلاثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن
يصح هذه المسئلة تذكر فى العتاق فلو اقتصر على احديهما لكان اخصر
( وان اشترى ) المكاتب ( ام ولده ) اى امرأته المنكوحة المملوكة للغير ( مع ولدها
منه دخل الولد ) فى الكتابة تحقيقا للصلة كما مر ( ولا تباع الام ) لان الولد
لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتبعه امه فى امتناع البيع فامتنع بيعها لانها تبع له
قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه
ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة
اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحرية لم تثبت من
جهتها كما فى التبيين ( وان لم يكن ) الولد ( معها ) اى مع ام الولد ( جاز
بيعها ) لعدم دخولها فى كتابته قياسا عند الامام لان ما كسبه المكاتب متردد
بين ان يؤدى وبين ان يعجز فان ادى الكل يتقرر له وان عجز يتقرر للمولى فلا يتعلق به
ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد ( خلافا لهما ) فان عندهما لا يجوز
بيعها لكونها ام ولده وبه قال الشافعى فى قول ( وولده ) اى ولد المكاتب
( من امته يدخل فى كتابته ) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة ( وكسبه )
اى كسب الولد ( له ) اى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه وكان كسبه له وكذا
المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق ( واو زوج المكاتب امته من عبده
ثم كاتبهما ) اى كاتب المكاتب العبد والامة ( فولدت الامة يدخل الولد فى
كتابة الام وكسبه ) اى كسب الولد ( لها ) اى للام لان تبعية الام ارجح ولهذا
يتبعها فى الحرية والرق كما مر فى العتاق حتى او قتل الولد تكون قيمته للام دون
الاب ( واو نكح ) اى تزوج ( مكاتب بالاذن ) اى باذن المولى ( امرأة زعمت

انها حرة فولدت ) من المكاتب ( فاستحقت ) اى ثم استحقت بولدها ( فولدها عبد ) وكذا ان ولدت من عبد فولدها عبد عند الشيخين لكونه مولودا من المملوكين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام فى الرق والحرية كما مر مرارا وهو القياس وتركنا هذا فى ولد الحر باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان حق المولى مجبور بقيمة واجبة فى الحال بخلاف ولد المكاتب والعبد لان قيمته متأخرة الى العتق هكذا ذكروا هنا لكن فى التبيين هذا مشكل جدا فان دين العبد اذا وجد بسبب اذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به الحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزم المهر ولا قيمة الولد فى الحال انتهى لكن يمكن الجواب بانه ليس فيه دين كسائر الديون حتى يقاس عليه لان المولى اذن بالتزوج المقيد بكونها حرة لا مطلقا فالغرور حصل هو العبد فلا يوجب ان يلزم على المولى ما يلزم على العبد عند كون ابنه حرا لان الغرم بالغنم ولا غنم للمولى حتى يجب الضمان ولان ولد المكاتب ليس فى معنى المغرور خلق من ماء الرقيق وولد الحر خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تدبر ( وعند محمد ) وزفر والائمة الثلاثة ( حر بالقيمة ( وتؤخذ منه ) اى من المكاتب ( قيمته ) اى قيمة الولد ( بعد عتقه ) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيلحق بولد الحر المغرور الا ان قيمته تطالب بعد العتق كما فى اكثر الكتب لكن فى التبيين والدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له انتهى فعلى هذا يلزم المص التفصيل تدبر ( وان وطئ المكاتب امة بملك ) اى اذا اشترى المكاتب فوطئها ( بغير اذن سيده ) وانما اقتصر بغير اذنه مع ان المسئلة على حالها مع الاذن ليفهم منه ما اذا كان باذنه بالطريق الاولى ( فاستحقت ) اى الامة ( اخذ منه ) اى من المكاتب ( عقرها فى الحال ) من غير تأخير الى العتق ( وكذا ان شراها ) اى شرى المكاتب امة شراء ( فاسدا فوطئها فردت ) بحكم الفساد اخذ منه عقرها فى الحال ايضا من غير تأخير الى العتق ( وان وطئها ) اى المكاتب الامة بنكاح بان تزوجها بغير اذن المولى فاستحقت ( لا يؤخذ منه العقر ) ( الا بعد عتقه ) بالاجماع والفرق ان فى الوجهين الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثانى لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ ولا تنتظمه

الكتابة فلا يظهر فى حق المولى كما فى اكثر الكتب وقال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العقر يثبت بالوطئ لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس من التجارة فى شئ فلا يكون العقر ثابتا فى حق المولى انتهى وقال يعقوب باشا هذا القول ليس بظاهره لان وجوب العقر مبنى على سقوط الحد وسقوطه مبنى على الملك والملك مبنى على الشراء وهو مأذون فيه فيكون مأذونا فيما سبق فيما يتعلق به انتهى لكن الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان ما يتعلق به من لوازمه والوطئ ليس كذلك فالاظهر ان الوطئ وان لم يكن من التجارة فى شئ لكن سببه الذى هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل ( ومثله ) اى مثل المكاتب فى الحكم المذكور ( المأذون ) له ( فى التجارة ) قيل هذا اذا كانت الامة المنكوحة ثيبا اما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا وكذا لو نكحها باذن مولاه يؤخذ بالمهر فى الحال

## ( فصل )

( واذا ولدت المكاتبة من مولاها ) فلها الخيار ان شاءت ( مضت على الكتابة او ان شاءت ( عجزت ) من التعجيز ( نفسها ) مفعول عجزت لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهى الكتابة وآجلة بغير بدل وهى امومية الولد فتختار ايهما شاءت ( وهى ) اى المكاتبة ( ام ولده ) سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج الى تصديق الابن ( واذا مضت على الكتابة ) يعنى اذا اختارت الكتابة ومضت عليها ( اخذت ) اى ام الولد ( منه ) اى من مولاه ( عقرها ) اى مهر مثلها لانها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالاجنبى فى حق نفسها ( وان مات المولى ) بعد مضيها على الكتابة ( عتقت ) بالاستيلاد ( وسقط عنها البدل ) لان كتابتها بطلت وانتفت الفائدة فى ابقائها لانها تعتق مجانا من جهة كونها ام ولد ( وان ماتت ) المكاتبة ( وتركت مالا ادت منه ) اى من المال ( كتابتها وما بقى ) من المال ( ميراث لابنها ) لثبوت عتقها فى آخر جزء من حيوتها وان لم يترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر قيل لو قال لولدها لكان اشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لانها تأخذ النصف والاخر للمولى ومراد المص ما أخذ الجميع وهو الابن فقط لانه قال وما بقى اى مجموع ما بقى تأمل ( ولا يثبت نسب من تلده بعده ) اى بعد

الولد الاول ( بلا دعوة بل هو مثلها ) اى مثل ام الولد ( فى الحكم ) لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة ان لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا تزوجت غيرها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التزويج ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسب امهات الاولاد واولاد الولد الثانى ومات من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه فى حكم امه ( وان كاتب ) شخص ( مدبره او ام ولده صح ) ما دعاه من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند الامام ( فان مات ) المولى ( عتقت ) ام الولد المكاتبة ( مجانا ) اى من غير شئ لانها عتقت بالاستيلاد والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى فى حال حيوته ( والمدبر ) المكاتب ( سعى ) بعد موت المولى ( فى جميع ( بدل كتابته ) ان شاء ( او ) سعى ( ثلثى قيمته ان كان ) المولى يموت ( معسرا ) عند الامام لانه استحق حرية الثلث ظاهرا فالانسان لا يلتزم المال فى مقابلة ما يستحق حريته مجانا فيبقى البدل جميعا فى مقابلة ثلثى الرقبة كما اذا طلق امرأته تطليقتين ثم طلقها ثلثا على الف يصير كل الالف فى مقابلة الواحدة الباقية بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة لان البدل يقابل بكل الرقبة لانه ما ادلا استحقاق عند عقد الكتابة فى شئ من الحرية ( وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل من البدل او من ثلثى قيمته ) لكون الاقل متعينا ( وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى البدل او من ثلثى القيمة ) لان المدبر عتق ثلث رقبته مجانا وسقط حصته من بدل الكتابة كما سقط من قيمته فيبقى الثلثان من البدل فصار الاختلاف بينهم فى الخيار وفى المقدار لان ابا يوسف مع الامام فى المقدار ومع محمد فى الخيار فالخيار عند الامام فرع التجزى وعدم الخيار عندهما لعدم التجزى لما بين فى موضعه وانما وضع المسئلة فى المعسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق وبطل كتابته ( وان دبر ) المولى ( مكاتبه صح ) التدبير بالاجماع لانه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط الموت ( ومضى عليها اى على الكتابة ان شاء ( او عجز ) من العجز ( نفسه وصار مدبرا ) لان الكتابة عقد غير لازم فى حق العبد وان كان لازما فى حق المولى ( فان مضى بها ) اى على الكتابة ( فمات سيده ) حال كونه ( معسرا يسعى ) المدبر ( فى ثلثى البدل او ) فى ( ثلثى قيمته عند الامام ) لان الاعتاق متجزئ فيسقط من بدل الكتابة الثلث فيختار منهما ما شاء ( وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى كل

منهما ) لان الى قول يختار اقل الدينين ضرورة فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه اما المقدار هنا فمتفق عليه ( وان اعتق مكاتبه عتق ) لقيام الملك فيه ( وسقط عنه بدل الكتابة ) لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه ( وان كوتب ) العبد ( على الف مؤجل فصالح على نصفه حالا صح ) الصلح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض بالمال الحال عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وبه قال ابو يوسف وزفر والشافعى ومالك كما فى عيون المذاهب وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا بالاجل دون وجه آخر وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حيث لا تجوز الكفالة به دون وجه آخر فاستويا فى كونهما مالا وغير مال ( وان مات مريض ) وهو الذى قد كان ( كاتب عبدا قيمته الف ) مكاتبه ( على الفين الى سنة ولا مال له ) اى للمريض ( غيره ) اى غير العبد ( ولم يجز الورثة ) ذلك ( ادى العبد المكاتب ( ثلثى البدل حالا و ) ادى ( الباقى الى اجله ) اى عند انتهاء اجله ( او يرد رقيقا ) عند الشيخين لان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بجميع البدل فيصير متعلقا بكل البدل ولذا يكون عتقه متعلقا باداء الكل فلا يجوز فى قدر الثلثين منه ( وعند محمد ) ان شاء ( يؤدى ثلثى قيمته ) وهى الف ( للحال والباقى الى اجله او يرد رقيقا ) لان المريض ليس له التأجيل فى ثلثى القيمة اذ لا حق له فيه واما فى الزيادة فيجوز الترك فيصح بالتأخير ( وان كاتبه على الف ) الى سنة ( وقيمته الفان ولم يجيزوا ) اى الورثة ( ادى ثلثى القيمة للحال اورد الى الرق اتفاقا ) يعنى انه يخير بين الامرين لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما اى يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى التأخير كما فى المنح ( ومثلها ) اى مثل الكتابة ( البيع ) يعنى اذا باع المريض داره بالفين الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشترى اد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه كما فى الهداية ( وان كاتب حر عن عبد بالف وادى ) الحر الالف ( عتق ولا يرجع الحر به ) اى بالالف ( عليه ) اى على العبد لكونه متبرعا اذ لم يأمره بذلك صورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم سواء شرط العتق بادائه بان قال ان اديت اليك فهو حر او لم يقل ذلك فكاتب المولى ثم ادى الحر الالف يعتق فى الصورتين اما فى الاولى فبحكم الشرط واما فى الثانية فلعدم توقف الكتابة المزبورة على قبول الغائب فيما ينفعه وهو صح اداء الحر القابل بعقد الكتابة استحسانا وفى القياس لا يعتق لان الشرط

معدوم والعقد موقوف على قبول العبد الغائب فيالحضره وهو وجوب البدل عليه والموقوف لاحكم له (وان قبل العبد) حين بلوغ الكلام اليه قبل اداء الحر (فهو) اى العبد (مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة واما قلنا قبل ادائه لانه ان قبل بعد اداء الحر فلايكون حكم المكاتب او وجود الحرية قبل ان قال العبد لااقبله ثم ادى المال لايعتق لان العقد ارتد رده (وان كاتب) المولى (عبدا عن نفسه وعن آخر غائب) بان قال الحاضر للمولى كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب فكاتبهما (فقبل) العبد الحاضر (صح) عقد الكتابة والقياس ان لايجوز الا على نفسه لولايته عليهما ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه ابتداء فجعل نفسه اصلا والغائب تبعا فيصح كالامة كوتبت دخل اولادها تبعا حتى عتقوا بادائها ولا يلزم عليهما من البدل شئ (وقبول الغائب ورده لغو) اذلايتوقف فى حقه (ويؤخذ الحاضر بكل البدل) لان كل البدل عليه (ولا يؤخذ الغائب بشئ) من البدل لكون العقد نافذا على الحاضر ولواكتسب الغائب شيئاليس للمولى ان ياخذه وليس له ان يدفعه من غيره واوابراء المولى اووهبه مال الكتابة لايصح لعدم وجوبه عليه ولوابرأ الحاضر اووهبه له عتقا جميعاولواعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل وان اعتق الحاضر اومات سقطت حصة الحاضر وادى الغائب حصته حالا والاردقا (وايهما) اى اى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (اجبر المولى على القبول) اى على قبول المدفوع اليه اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم تكن الدين عليه (وعتقا) اى الحاضر والغائب جميعا لوجود الشرط فى حقهما وهو اداء بدل الكتابة (ولايرجع احدهما على الآخر) بما ادى الى المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادى بغير امره (وكذا لو كاتبهما معا) اى لو كاتب سيده كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولايعتقان الا باداء الجميع لان الكتابة واحدة وشرطها عليهما معتبر وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا (ولايعتق احدهما باداء حصته) لانهما كشخص واحد (بخلاف ما لوكانا) اى العبدان (لاثنين) اى لرجلين وكاتبا هما كذلك فكل واحد منهما مكاتب لحصته يعتق بادائها لان كل واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه فى مملوكه لا فى مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى

لان شرطه معتبر فى حقهما لانهما مملوكاه كما فى الاختيار ( وان عجز احدهما ) فى المسئلة الاولى فرد الى الرق اما بتراضيهما اورده القاضى ولم يعلم الآخر ( ثم ادى الآخر الكل عتقا ) جميعا لما مر انهما كشخص واحد ولو ذكر هذه المسئلة عقيب الاولى لكان اوضح وانسب تدبر ( وان كانبت امة عنها وعن ) ولدين ( صغيرين لها جاز ) العقد استحسانا اذا قبلت الامة ( واى ) واحد من الثلثة وهم الام والابنان ( ادى اجبر المولى على القبول وعتقوا ) لانها جعلت نفسها اصلا فى الكتابة واولادها تبعا ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها كما مر فى كتابة الحاضر والغائب ( ولا يرجع على غيره ) بشئ لكونه متنفعا بالادا ومتبرعا فى حق الغير

## ( باب كتابة العبد المشترك )

بين الاثنين ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد ( ولو اذن احد الشريكين فى عبده للاخر ان يكاتب حصته منه ) اى من العبد ( بالف ) درهم ( ويقبض البدل ) اى بدل الكتابة ( ففعل المأذون ) اى كاتب الشريك المأذون ( وقبض البعض ) اى بعض البدل ( فعجز المكاتب ) عن اداء باقيه ( فالمقبوض ) من البدل ( للقابض خاصة ) عند الامام لان الكتابة متجزئة على قوله لافادتها الحرية يدا فيكون مقتصرا على نصيبه ودالا على اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا فى نصيبه على القابض فيكون كل المقبوض له ( وقالا هو ) مكاتب ( بينهما ) وما ادى فهو بينهما لان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لان الكتابة لا تتجزى عندهما كالحرية فيكون القابض اصيلا فى بعض مقبوضه ووكيلا فى بعضه لشريكه فيصير المقبوض مشتركا بينهما بعد العجز كما كان مشتركا قبل العجز ( امة ) مشتركة ( لرجلين كاتباها فاتت بولد فادعاه احدهما ) اى ادعى احد الشريكين الولد ( ثم اتت باخر ) اى بولد اخر ( فادعاه ) الشريك ( الاخر فعجزت ) الامة عن اداء البدل ( فهى ) اى الامة ( ام ولد ) الشريك ( الاول ) لان دعوته صحيحة لقيام ملكه وكون استيلاده غير متجز الا ان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة وكذا دعوة الآخر صحيحة فى ولدها الثانى مادامت الامة باقية على الكتابة لقيام ملكه ثم ان الكتابة لما جعلت كان لم تكن بسبب العجز

وقع وطء الآخر حقيقة في ام ولد الغير وظهر ان كل الامة ام ولد للاول
لزوال الكتابة المانعة من الانتقال ولتقدم وطئه (وضمن الاول) للثاني
(نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه باستكمال الاستيلاد (و) ضمن (نصف
عقرها) لوطئه جارية مشتركة (و) ضمن (الثاني) الاول (تمام عقرها)
لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة (و) ضمن (قيمة الولد) الثاني (وهو)
اى الولد الثاني (ابنه) اى ابن الثاني لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان
ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه وحر بالقيمة كما عرف في موضعه
(وايهما) اى اى واحد من الشريكين (دفع العقر اليها) اى المكاتبة (فهو
الجائز) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت
ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها هذا كله عند الامام (وعندهما)
كل الامة ام ولد للاول حين ادعائه لان تكميل امومية الولد واجب بالاتفاق
فيما امكن بناء على ان استيلاد المكاتبة غير متجزئ والتكميل ممكن بسبب فسخ
الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة فينتقل نصيب الثاني الى الاول
كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز و (لا يثبت نسب الولد) الثاني (من الثاني)
لان وطء الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه (ولا يضمن)
الثاني (قيمته) اى قيمة الولد ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد
عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما (وحكمه) اى حكم الولد
(كامه) يعني يكون تابعا لامه في الاستيلاد (ويضمن تمام العقر) لان الحد
لا يعرى عن احد الغرامتين والحد مندرئ للشبهة فتحقق الغرامة (ويضمن
الاول) للآخر (نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف) لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان التملك (و)
يضمن (الاول منه) اي من نصف قيمتها (و) من نصف (ما بقي من البدل)
اى بدل الكتابة (عند محمد) لان حق الاخر في نصف الرقبة نظرا الى العجز
وفي نصف البدل نظرا الى الاداء فللتردد يلزم اقلهما المتيقن واذا انفسخت
الكتابة في حصة الشريك عندهما قبل العجز وكلها مكاتبة للاول بنصف
البدل عند الشيخ ابي منصور وبكل البدل عند عامة المشايخ (وان لم يطأها
الثاني) الامة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الاول (بل دبرها فعجزت)
عن الكتابة (بطل التدبير) بالاجماع لان الاول تملك نصيب شريكه بالعجز
من وقت وطئه على مذهب الامام او تملك كلها بالاستيلاد قبل العجز على
مذهبهما فالتدبير يقع في ملك غيره (وهي) اى الامة (ام ولد الاول)
لزوال الكتابة المانعة بالعجز وللزوم استكمال الاستيلاد (والولد له) اى الاول

لصحة دعوته (وضمن) الاول لشريكه (نصف قيمتها) لتملكه بالاستيلاد (ونصف عقرها) لوقوع الوطئ فى المشتركة (واو اعتقها احدهما) اى اعتق احد الشريكين الامة المكاتبة المشتركة حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن المعتق) لشريكه (نصف قيمتها ويرجع) المعتق (به) اى بما ضمنه (عليها) اى على الامة لان الساكت عن التحرير يضمن المحرر وهو ايضا يضمنها عند الامام (خلافا لهما) اى قالا لا يرجع عليها اذ بالعجز صارت كانها لم تزل عن القنية وهذا الخلاف على مامر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما وان لم تعجز الامة عن اداء البدل حال كون المعتق موسرا فلا ضمان عند الامام اذ بالاعتاق لم يتغير نصيب الساكت بناء على ان الاعتاق يتجزى عنده وهى مكاتبة قبل الاعتاق (وعندهما يضمن الموسر وتجب السعاية فى المعسر) لان الاعتاق لما كان لا يتجزى عندهما يعتق الكل فان كان المعتق موسرا يضمن للساكت قيمة نصيبه من المكاتبة وان كان معسرا تسعى الامة لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار كما بين فى موضعه (واو دبر احد الشريكين ثم اعتق الآخر) حال كونه (موسرا ضمنه المدبر) بكسر الباء يعنى للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته ان شاء (اواستسعى العبد اواعتقه) اى خير المدبر بين الثلاثة عند الامام (وان عكسا) اى ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الآخر (فالمدبر) بالكسر (يعتق اويستسعى) ولا يضمن عند الامام ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فتثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء المعرف من مذهبه واذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته قنا كما فى الهداية (وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما (وعتق الآخر لغو) لان التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان اعتق الاول ضمن) لشريكه نصف قيمته (لو) كان (موسرا اواستسعى العبد لو) كان (معسرا) لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما (وتدبير الآخر لغو) لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده

## (باب العجز والموت)

اى موت المكاتب وموت المولى تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب

لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة ( اذا عجز المكاتب عن نجم ) اى مكاتب عجز عن اداء وظيفة مقطوعة من بدل الكتابة لسادس ان النجم فى الاصل الطالع ثم سمى به الوقت ثم الوظيفة التى تؤدى فى ذلك الوقت للابسة بينهما ( فان رجى له حصول مال ) بان كان لهذا المكاتب على آخر دين رجى ان يكون مقبوضا اومال رجى قدومه ( لايعجل الحاكم بتعجيزه ) و يمهل يومين اوثلاثة ايام نظرا الجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون القرلاقضاء وكشرط الخيار ونحوذلك فلايزاد عليه ( والا ) اى ان لم يرج له حصول مال ( عجزه الحاكم ( وفسخ الكتابة ان طلب سيده اوعجزه سيده برضاه ) اى برضا المكاتب وان لم يرض به العبد فلابد من القضاء بالفسخ عند الطرفين لان الكتابة عقد لازم تام فلايفسخ الا بالقضاء اوالرضاء كما فى الرجوع عن الهبة وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ كما فى الكافى وللمولى حق الفسخ فى الكتابة الفاسدة بلارضاء العبد وللعبد حق الفسخ ايضا فى الجائزة والفاسدة بغير رضاء المولى كما فى التنوير ( وعندابى يوسف لايعجز ) اى لايحكم الحاكم بعجزه ( مالم يتوال عليه نجمان ) لقول على رضى الله تعالى عنه اذاتوالى على المكاتب نجمان رد الى الرق والاثر فيما لايدرك بالقياس كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان الحق بالعقد من جانب المولى تسيلم المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تعجيزه كمالوتوالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بماهو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع وفى المضمرات ان الصحيح قولهما ( واذا عجز ) المكاتب ( عادت اليه احكام رقه ) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلايبقى بدون العقد ( ومافى يده ) من الاكتساب ( لمولاه ) اذاظهر انه كسب عبده بسبب عجزه ( وحل ) مافى يد المكاتب ( له ) اى للمولى ( واو ) وصلية كان ( اصله من صدقة ) ولم يكن المولى مصرفا للصدقة زكوة كانت اوغيرها لانه اخذه عوضا عن العتق زمان الاخذ والمكاتب قد اخذه صدقة وهومن المصارف ومن الاصول المقررة ان تبدل الملك قائم مقام تبدل الذات اخذا لقوله عليه السلام لبريرة هى لك صدقة ولنا هدية كما مر وفى المنح ولافرق على الصحيح بين مااذا اداه الى المولى ثم عجز اوعجز قبل الاداء وفى المسابقة تفصيل فليراجع ( وان مات ) المكاتب ( عن وفاء ) اى ان مات وله مال بفى ببدل الكتابة ( لاتفسخ ) الكتابة ( ويؤدى بدلها ) اى بدل الكتابة

(من ماله ويحكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حيوته ويورث ما بقى ) من ماله وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ علماؤنا لان الكتابة عقد معاوضة فلا تبطل بموته كما لا تبطل بموت مولاه اذ المعاوضة تقتضى المساواة قال الجمهور ان المكاتب يعتق فى آخر جزء من اجزاء حيوته لان بدل الكتابة هو سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء الى ما قبله فيجعل اداء نائبه كادائه ولان بدل الكتابة يقام فى آخر عمره مقام التخلية وهى الاداء فيكون المولى مستحقا عليه قبل الموت وقال البعض ان المكاتب يعتق بعد الموت وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تفسخ الكتابة بموت المكاتب كما اذا لم يترك مالا وافيا وبه اخذ الشافعى لفوات المحل ( ويعتق اولاده الذين شراهم ) فى كتابته (او ولدوا فى كتابته ) متعلق بقوله شراهم وولدوا على التنازع حتى او ولدوا قبل الكتابة لا يتبعون ولا يعتقون الا ان يكونوا صغيرين وعن هذا قال ( او ) اولاده الذين (كوتبوا معه تبعا ) بان يكونوا صغيرين ( او قصدا ) بان يكونوا كبيرين ولكن كوتبوا معه لان الصغير يتبعون الاب فى الكتابة والكبيرين يجعلون مع الاب كشخص واحد فيعتقون و يرثون اما لو كان الاب والد مكاتبين بعقد على حدة يعتق من وقت اداء بدل الكتابة مقصورا عليه ولا يرث لانه رق بالكتابة كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ ( وان لم يترك وفاء ) اى ان مات المكاتب ولم يترك مالا يفى ببدل الكتابة ( وله ولد ولد فى كتابته سعى ) الولد فى كتابة ابيه كما كان يسعى ابوه ( على نجومه ) اى على نجوم ابيه المقسطة (فاذا ادى ) الولد الكتابة (حكم بعتقه ) اى بعتق الولد لانه داخل فى كتابة ابيه فيعتق بعتقه (وعتق ابيه قبل موته ) يعنى فى آخر جزء من اجزاء حيوته ( والولد المشرى ) اى الولد الذى اشتراه المكاتب فى كتابته ومات ( اما ان يؤدى البدل حالا او يرد فى الرق ) عند الامام لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا ( وعندهما هو ) اى الولد المشرى ( كالاول ) اى كالمولود فى الكتابة لكونه مكاتبا بتبعية الاب وبه قال مالك وفى التنوير اشترى المكاتب ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه (وان مات المكاتب وترك ولدا من ) امرأة (حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء ) ببدل الكتابة (فجنى الولد فقضى القاضى ) اى قضى القاضى ( بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب ) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لانها يقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب الدية عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزا عنه (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه فقضى به) اى قضى القاضى

بأولا الى الام فهو مقتض لعجزه اى المكاتب لان هذا الخلاف فى ولاء ولده وذلك على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه القضاء ولهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة او عن ولد فاداها اما اذا مات لا عن وفاء او لا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حيوته كما فى شرح الكنز للعينى ( واوجنى عبد فكاتبه سيده ) حال كونه ( جاهلا بجنايته فعجز ) العبد عن الكتابة فالولى بالخيار ( ان شاء دفع ) العبد بالجناية الى المجنى عليه ( او فدا ) العبد بالارش لانه الموجب لجناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية حتى يصير مختارا للفداء ولهذا قيده بكونه جاهلا لكن الكتابة مانعة للدفع فاذا زال المانع عاد الحكم الاصلى ( وكذا ) الحكم ( لو جنى المكاتب فعجز ) عن الكتابة ( قبل القضاء به ) اى بموجب الجناية لانه لا عجز ضارفه وحكم جناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه ( ولو عجز ( بعد ما قضى عليه ) اى على المكاتب ( به ) اى بموجب الجناية فى حال كتابته فعجز ( فهو ) اى موجب الجناية ( دين ) عليه ( ويباع ) العبد ( فيه ) لانتقال الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء هذا عندنا لما مر من ان الاصل فى جناية العبد وجوب الدفع الا اذا تعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك وهو قابل للفسخ والزوال فيكون المانع مترددا فلم يثبت الانتقال الا بالقضاء او بالرضاء او بالموت عن الوفاء بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع لا يقبل الانتقال فوجبت القيمة بلا توقف وعند زفر وهو قول ابى يوسف اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء لان المانع من الدفع قائم وقت وقوع الجناية وهو الكتابة فوجبت القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد وفى الدرر اقر المكاتب بجناية خطاء لزمته وحكم بها عليه لان جنايته مستحقة فى كسبه وهو احق باكسابه فنفذ اقراره كالحر واذا لم يحكم عليه حتى عجز بطلت ( ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد ) لان الكتابة من اسباب العتق والعتق حق للمكاتب وكذا سببه حق له فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين والاجل اذا مات الطالب ( ويؤدى المكاتب ( البدل الى ورثته ) اى الى ورثة سيده ( على نجومه ) لان النجوم حقه لانه اصل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث

( فان اعتقه ) اى العبد المكاتب ( بعضهم ) اى بعض الورثة ( فى مجلس و ) اعتقه ( الآخر فى ) مجلس ( آخر لا ينفذ ) عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا ينتقل من ملك المورث الى ملك الوارث كما لا يملك بسائر اسباب الملك ولا اسقط حصته من البدل عندنا خلافا للشافعى وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الاول ( وان اعتقوه ) اى جميع الورثة فى مجلس واحد ( كلهم عتق ) العبد المكاتب ( مجانا ) والقياس ان لا يعتق لعدم ملكهم وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة اقتضاء تصحيحا للعتق كما اذا ابرأه المولى عن كل بدل الكتابة وفى التنوير مكاتب تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كاتباعبدا كتابة واحدة وعجز المكاتب لا يعجزه القاضى حتى يجتمعا

## ( كتاب الولاء )

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وهو لغة القرابة وشرعا قرابة حكمية حاصلة من العتق اومن الموالاة وهى المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا يوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة بالعتق ولو بمال او بالعقد والوعد ولو كافرا فالولاء عبارة عن النصرة بالعتق او بالعقل فيرثه شرعا عند عدم المانع من الارث وفى التنوير هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل ( الولاء لمن اعتق ) وهو لفظ الحديث اخرجه الائمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى عليه السلام الولاء لمن اعتق يعنى اعتق مملوكه ذكرا كان السيد اوانثى فولاؤه له ولذا قال الجمهور سبب هذا الولاء الاعتاق والاصح ان سبب العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب ( ولو ) وصلية ( بتدبير ) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه ( اواستيلاد ) بان استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله ( او كتابة ) بان كاتب عبده وادى بدل الكتابة فعتق ( او وصية او ملك قريب ) بان ملك اباه اوابنه بشراء اوهبة اونحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث قال صدر الشريعة فان قيل كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاد للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد قلنا صورته ان يرتد السيد ويلحق

بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما كانت مدبره او ام ولده فالولاء له انتهى وفيه كلام لان العرض اثبات الولاء لاحد في جميع المواد كما يدل عليه تصوير المسئلة فالجواب ان يقال ان الولاء يثبت ابتداء للاول ثم ينتقل الى ورثته فيستقيم الكلام في المكاتب الذي ادى البدل بعد موت السيد الى الورثة وكذا في العبد الموصى بشرائه ثم اعتاقه وغير ذلك مما تدبر ( ولو شرطه لغيره او سائبة ) يعني لو اعتق العبد وشرط الولاء لغيره او شرط ان يكون معتقا ولا ولاء بينهما وبينه غيره كان الشرط لغوا لانه يخالف للشرع فيرد كما في النسب اذا شرط ان لا يرثه وما في شرح الوقاية لصدر الشريعة من ان ذلك شرط مخالف لمقتضى العقد فتسامح من الصدر ومن قال السائبة فتح ( ومن اعتق امة ( حاملا من زوج قن ) للغير ( فولدت ) الامة الحامل ولدا بعد عتقها ( لاقل من نصف سنة فولاء الولد له ) اى لمولى الام ( لا ينتقل ) ولاء الحمل ( عنه ) اى عن مولى الام الى مولى الاب ان اعتق ابوه ( ابدا ) لانهما لما اعتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت عتق حالها مقصودا لانه جزؤها ولا ينتقل من مولاها الولاء على التأبيد لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ( وكذا لو ولدت ) الامة المذكورة ولدين ( توأمين احدهما ) اى ولادة احدهما ( لاقل من نصفها ) اى من نصف السنة من وقت الاعتاق والآخر لاكثر منه وبين الولدين اقل من ستة اشهر فولاؤهما لمولى الام ابدا لا ينتقل عنه الى مولى الاب ان اعتق الاب لان التوأمين مخلوقان من ماء واحد فيعتقان معا بالاعتاق المزبور او كان ما بين الولدين اقل من اقل مدة الحمل ( وان ولدت ) الامة المزبورة ولدا بعد عتقها ( لاكثر من ذلك ) اى من نصف سنة ( فولاؤه ) اى الولد ( له ) اى لمولى الام ايضا لان الولد يجر وهو تبعها في الصفات الشرعية الا ترى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء حينئذ لتعذر جعله تبعا للاب لرقه ( لكن ان اعتق الاب ) والولد حي ( جره ) اى جر الاب ما في الولاء ( الى مواليه ) اى يجر الاب ولاءه من مولى الام الى قومه نفسه لان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب من الآباء وكذا الولاء وانما يكون من الامهات للضرورة وقد زالت بالعتق فينتقل الى مولى الاب كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب وان المانع فان مات مولى الاب قبل الولد بعد اعتاق الاب لا يكون مولى الام وارثا بدلالة الولاء كما قال ابن كمال الوزير في شرح الفرائض وفي التبيين هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب

لانه كان موجودا عند عتق الام ولهذا ثبت نسبه من الزوج ولا يرجع (الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر) اى لو تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانه حين عقل عنه قوم الام كان النسب ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه هو العتق فلا يرجعون به (واو تزوج عجمى) حر الاصل (له مولى موالاة او لا معتقة) سواء كانت معتقة العرب او العجم وما وقع فى القدورى وهو من تزوج من العجم معتقة للعرب اتفاقا (فولدت ولدا (منه) اى من العجم (فولاء الولد لمواليها) اى موالى الام عند الطرفين (وعند ابى يوسف حكمه) اى حكم الولد (حكم ابيه) فيكون الولاء لموالى ابيه لا لمواليها لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر والنسب بين العجميين ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولا تفاخر لهم به وكذا ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لا يعارض القوى قيد بالاعجمى لان اباه ان كان عربيا يكون ولاؤه لموالى ابيه اتفاقا لشرف نسبه وقيدنا بالحر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين فالنسبة الى قوم الاب اتفاقا لانهما استويا والترجيح لجانب الاب وقيد بولى الموالاة لانه لو كان مولى عتاقة فولاؤه لموالى ابيه اتفاقا وفصل صاحب الدرر فى هذا المحل وحاصله ان الام اذا كانت حرة الاصل بمعنى عدم الرق فى اصلها فلا ولاء على ولدها لانه كما لا ينتقل الولاء فى المسئلة الاولى وهى قوله ومن اعتق حاملا الخ فلان لا ينتقل عند كونها حرة الاصل بالطريق الاولى ويوافق ما ذكر فى البدايع والتكملة ومختصر المحيط من اشتراط عدم كون الام حرة اصلية فى ثبوت الولاء واما ما فى المنية وان كان المتبادر منه المخالفة لكنه لا مخالفة فى الحقيقة على ما حقق فى الدرر وذهب البعض الى ثبوته عند كون الام حرة اصلية ومن علماء هذه الدولة منهم من افتى على الثبوت ومنهم من على خلافه والمولى ابو السعود افتى اولا على الثبوت ثم رجع وافتى على خلافه وثبت عليه كما فصل فى حاشية عزمى زاده على الدرر وموجب ما يقتضيه الاصول عدم الثبوت لان الولاء يتفرع على زوال الملك وهو على ثبوته وثبوته فى الولد من جانب الام البتة واذا كانت حرة اصلية كيف يتصور الملك على الولد وينبغى ان ينتبه ان لفظ حر الاصل يستعمل فى معنيين عدم جرى الرق على النفس من حين العلوق مع جريه على الاصل وعدم جريه على الاصل ابدا والاختلاف انما هو على المعنى الثانى واما على الاول فلا نزاع فى الثبوت ومرجع مسائل الولاء الى هذه الصور وهى ان الولد اما ان تكون امه حرة اصلية بهذا المعنى اولا وح اما ان تكون معتقة حال الحمل من قن ولدت لاقل

من نصف منه اولا وح اما ان يكون ابوه رقيقا اولا وح اما ان يكون حر الاصل بهذا المعنى اولا فان كان فاما ان يكون عربيا اولا فهذه ست صور ففي الاولى والخامسة لاولاء اصلا والثانية والثالثة الولاء لقوم الام وفي الرابعة لقوم الاب وفي السادسة لقوم الام عند الطرفين خلافا لابي يوسف وفي قول المص من اعتق حاملا الخ دلالة الى الاولى والثانية وفي قوله وان ولدت لاكثر الخ الى الثالثة والرابعة وفي قوله لو تزوج العجمي الى الخامسة والسادسة تأمل (والمعتق) عصبة سببية (مقدم على ذوي الارحام) وهو من لافرض له ويدخل في نسبته الى الميت انثى (مؤخر عن العصبة النسبية) سواء كانت عصبة بنفسه او بغيره اومع غيره وكذا مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وسيأتي في الفرائض ان شاء الله تعالى (فان مات السيد ثم) مات (المعتق) ولاوارث له من النسب (فارثه) اى ارث المعتق (لاقرب عصبة سيده) على الترتيب المعروف في علم الفرائض (فيكون) ارثه (لابنه) اى ابن السيد (دون ابيه او اجتمعا) عند الطرفين لان الجزء اقرب وهو اختيار سيدي الساب ومذهب الشافعي والقول الاول لابي يوسف (وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن) وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وبه قال شريح والنخعي لان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقي لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذي يجوز الاعتياض عنه بالمال فلا يجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق ولو ترك جد المعتق واخاه فالولاء للجد عند الامام وعندهما الولاء بينهما نصفان (وعند استواء القرب) كما اذا ترك المعتق ابني اخوي معتقه (تستوي القسمة) لاستواء الاستحقاق (وليس للنساء من الولاء الا مااعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث) اى اقرأ الحديث الخ وآخره اودبرن اودبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن وسيأتي تمامه في الفرائض ان شاء الله تعالى وفي شرح الكنز للعيني هذا حديث منكر لااصل له وانما المروي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فاخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم انهم لايرثون النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن وتمامه فيه فليطالع ثمة وفي الشمني او مات المعتق ولم يترك الا ابنة معتقه فلاشئ لها في ظاهر الرواية وتوضيح تركته في بيت

المال وافتى بعض المشايخ بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وليس فى زماننا بيت المال انتهى وفى التنوير اذا ملك الذمى عبدا فاعتقه فولاؤه له كالنسب ولو اعتق حربى فى دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق الا ان يخلى سبيله فان خلاه عتق ولا ولاء له وله ان يوالى من شاء ولو دخل مسلم فى دار الحرب فاشترى عبدا ثمة واعتقه بالقول عتق ولو كان العبد مسلما فاعتقه مسلم او حربى فى دار الاسلام فولاؤه له

## ( فصل )

هذا الفصل لبيان ثانى نوعى الولاء كما فى الاصلاح وجه تأخيره عن ولاء العتاقة ظاهر ( ولاء الموالاة سببه العقد ) ولهذا يضاف الى الموالاة وهى العقد والاصل فى الاضافة اضافة المسبب الى السبب كما يضاف الولاء الى العتاقة لان سببه العتق ( فلو اسلم اعجمى ) مجهول النسب وانما شرط كونه اعجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الولاء وانما شرطنا كونه مجهول النسب لان من عرف نسبه لا يجوز ان يوالى غيره كما فى الدرر وغيره قال ابن كمال الوزير واما كونه مجهول النسب فليس بشرط وفى شرح المجمع لابن ملك وهو المختار ( على يد رجل ووالاه ) بان قال انت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فقبل الآخر فذلك عقد صحيح واشار اليه بقوله ( على ان يرثه ) اى الرجل اذا مات هو ( وان يعقل ) الرجل ( عنه ) اى عن الذى اسلم على يده اى يؤدى الجناية عنه اذا جنى ( او والى غير من اسلم على يده ) معناه انه اسلم على يد رجل ووالى غيره ( صح ) هذا العقد ( ان لم يكن معتقا ) فانه اذا كان معتقا لم يصح عقد الموالاة لان ولاء العتاقة اقوى وكذا يصح لو والى صبى عاقل باذن ابيه او وصيه لان الصبى من اهل ان يثبت له ولاء العتاقة اذا ثبت سببه بان ملك قريبه او كاتب ابوه او وصيه عبده وعتق كان ولاؤه له فجاز ان يثبت له ولاء الموالاة اذا صدر منه عقدها بالاذن كما لو والى العبد باذن سيده آخر فانه يكون وكيلا من سيده بعقد الموالاة ( و ) اذا صح يكون ( عقله ) اى جنايته ( عليه ) اى على المولى الذى اسلم على يده ووالاه او الذى والاه وكان قد اسلم على يد غيره ( وارثه له ) اى ميراثه للذى والاه اذا مات ( ان لم يكن له وارث ) من النسب ( وهو ) اى القابل للموالاة ( مؤخر عن ذوى الارحام ) لان ذوى الارحام يرثون بالقرابة وهى اقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد عليهما فاذا اخذا حقهما

صار الباقى خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الائمة الثلاثة لا يصح عقد الموالاة اصلا ويوضع ماله فى بيت المال لان سبب الارث الفرض والتعصيب ولهذا لا ميراث لذوى الارحام عندهم ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم الخ ونقل عن ائمة التفسير ان المراد النصيبة لا القسم اذا عاقدتمان يأخذ كل واحد من الآخر قدر ما يتبين صحته عند العقد ( ومالم يعقل عنه ) او عن ولده ( فله ) اى لمن والى ( ان يتحول ) اى ولاء الموالاة بغير رضاء صاحبه ( قولا ) بان قال فسخت عقد الموالاة معك لانه عقد تبرع فلا يكون لازما ( بحضرته ) اى بحضرة صاحبه لانه عقد واقع منهما فلا ينقضه احدهما الا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة ( وفعلا مع غيبته ) اى غيبة صاحبه ( بان ينتقل عنه الى غيره ) بان والى رجلا آخر فيكون فسخا للعقد مع الاول ولا يلزم من ذلك حضور صاحبه لثبوت الانفساخ فى ضمن العقد الثانى مع الآخر فصار كالعزل الحكمى فى الوكالة وكل من الصحيحين مالم يعقل عنه ( واما ان عقل ) الاعلى ( عنه او عن ولده لا يصح ) اى عقد الموالاة ( هو ) اى الاسفل ( ولا ولده ) لتعلق حق الغير به وحصول المقصود ولاتصال القضاء به ( والاعلى ايضا ) اى كالاسفل ( ان يبرأ عن ولائه ) اى الاسفل ( بحضرته ) اى الاسفل لعدم اللزوم الا انه يشترط فى هذا ان يكون بمحضر من الآخر ( ولو اسلمت امرأة فوالت ) رجلا بشروطها ( او اقرت بالولاء ) اى اقرت انها موالاة لفلان ( فولدت ) ولدا ( مجهول النسب ) اى لا يعرف له اب ( او كان معها ولد صغير كذلك ) اى كان الصغير مجهول النسب كذلك صح اقرارها على نفسها ( وتبعها فيه ) اى تبع الولد امه فى الولاء ويصيران مولى فلان عند الامام ( خلافا لهما ) اى قالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها على مال الصغير فلا يكون لها ولاية على نفسه وله ان الولاء بمنزلة النسب فيكون نفعا محضا فى حق الصغير المجهول النسب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان وكذبه المقر له فى الولاء اصلا او قال لا بل والبتى فاقر المقر لعمرو والولاء لا يصح عند الامام وعندهما يصح

## ( كتاب الاكراه )

قبل الموالاة تغير حال المولى الاعلى من حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كان الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة ( هو ) لغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه والكره بالفتح اسم منه ( فعل يوقعه الانسان بغيره فيفوت به ) اى بذلك الفعل

(رضاه) اى رضاء ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا (او يفسد اختياره) مع تحقق عدم الرضاء ايضا كالتهديد بالقتل مثلا وفى الدرر ان عدم الرضاء معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت فى جميع صوره لكن فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسده اقول هذا هو المسطور فى كتب الاصول والفروع حتى قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اما ملجئ بان يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضاء مفسد للاختيار واما غير ملجئ بان يكون بحبس او قيد او ضرب وهذا معدم للرضاء غير مفسد للاختيار فلا يصح ما قال فى الوقاية وهو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره فان فيه جعل قسم الشئ قسيما له انتهى لكن يمكن دفعه بان القسم الاول الرضاء فقط والقسم الثانى الرضاء مع الاختيار وقال فى الاصلاح وهذا ظاهر بقرينة المقابلة فمن وهم ان فيه جعل قسم الشئ قسيما له فقد وهم وفى القهستانى ان الاكراه لم يتحقق مع الرضاء وهذا صحيح قياسا واما استحسانا فلا لانه او هدد بحبس ابيه اوابنه او اخيه او امه او زوجته او واحد من محارمه ولا دا كبيع او هبة او غيره كان اكراها استحسانا فلا ينفذ شئ من هذه التصرفات وينفذ قياسا لان هذا ليس باكراه حقيقة (مع بقاء اهليته) اى الاكراه بقسميه الصحيح الاختيار وفاسده لا ينافى اهلية الوجوب والاداء لانها ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ والاكراه لا يخل بشئ منها الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ومرة يأثم ومرة يثاب كما فى القهستانى (وشرطه) اى شرط الاكراه مطلقا اربعة الاول (قدرة المكره) بكسر الراء (على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا) هذا عندهما لان كل متغلب قادر على الايقاع وعند الامام لا اكراه الا من السلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان زمان الامام لم يكن فيه لغير السلطان من القدرة ما يتحقق منه الاكراه وزمانهما كان فيه ذلك فيتحقق الاكراه من كل متغلب لفساد زمانهما والفتوى على قولهما كما سيأتى وفى البزازية الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه ولم يذكر الخلاف وسوق اللفظ يدل على انه على الوفاق وفى المنح تفصيل فليطالع وفى الظهيرية ان مجرد الامر من السلطان اكراه من تهديد (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (وقوع ذلك) اى ما هدد به الحامل بان ظن انه يوقعه والحامل اعم ان يكون حقيقيا كما اذا كان حاضرا او حكميا كما اذا كان غائبا ورسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل واما اذا غاب الرسول ايضا فلا اكراه كما سيأتى (و) الثالث (كونه) اى كون المكره (ممتنعا قبله) اى قبل الاكراه (عن فعل ما اكره عليه) وفى القهستانى اذ او لم يمتنع عنه لم يكن اكراها

لفوات ركنه وهو فوت الرضاء كما اشير اليه في الاختيار وفيه دلالة على ان هذا الشرط مستدرك (لحقه) اي لحق نفسه كبيع ماله او اتلافه بلا عوض او اعتاق عبده ولو بمال او اجر اخروي (او لحق) شخص (آخر) كاتلاف مال آخر (او لحق الشرع) كشرب الخمر والزنا ونحوهما لان الاكراه لهذه الحقوق يعدم الرضاء لامتناعه قبل الاكراه (و) الرابع (كون المكره به متلفا نفسا او عضوا) من الاعضاء (او موجبا عما ينعدم الرضاء). لان من كان شريفا يغتم بكلام خشن فيعد مثل هذا في حقه اكراها اذ هو اشد له من الم الضرب ومن كان رذلا فلا يغتم الا بضرب مولم او بحبس شديد فلا بد الضرب مرة بسوط ولا الحبس ساعة بل يوما في حقه اكراها لكون الاشخاص متفاوتا ولذا قيد ما يوجب الغم باعدام الرضاء وفي المنح الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين اذا اكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة الا ترى ان المديون اذا اكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه والذمي اذا اسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق. (فلو اكره على بيع) ماله (او شراء) سلعة (او اجارة) دار (او اقرار) اي على ان يقر لرجل بدين (بقتل) متعلق باكره بان قال افعله والا اقتلك (او) اكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد او حبس مديد) او قيد مؤبد (اخير) المكره بعد زوال الاكراه عنه (بين الفسخ) اي فسخ العقد الصادر ويرجع عن الاقرار لانعدام الشرط وهو الرضاء بالاكراه سواء كان الاكراه ملجئا او غير ملجئ (والامضاء) لان العقد والاقرار يثبت الملك ولو باكراه ويمنع النفاذ الذي لا يكون فيه حق الاسترداد للعاقد لان هذا النفاذ يتوقف على العقد بالطوع (ويملكه) اي المبيع (المشتري ملكا فاسدا ان قبضه) اي اذا باع مكرها ثبت فيه الملك ان قبض المشتري المبيع عندنا وعند زفر والائمة الثلاثة لا يثبت لانه بيع موقوف والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا انه فات شرطه وهو الرضاء بعد وجود الركن فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك وبعض المشايخ جعلوا بيع الوفاء كبيع المكره وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت هذا العين منك بدين لك علي على اني متى قضيت ديني فهو لي وبعضهم جعلوه رهنا لا يملكه المشتري ولا ينتفع به واي شيء اكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا يلزمه الاجرة ويسقط الدين بهلاكه وبعضهم جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع وفي النهاية وعليه الفتوى وبعضهم جعلوه بيعا باطلا وفي الكافي والصحيح ان العقد الجاري بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع عند اداء الدين فسد وان لم يذكرا او تلفظا

بلفظ البيع بالوفاء او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما اى فى زعمهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فانه يفسد ح عملا بزعمهما وان ذكرا البيع من غير شرط وذكرا الشرط على الوجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق) المشترى (صح اعتاقه) لكونه ملكه وكذا تصرفه فيه تصرفا لا يمكنه نقضه (ولزمه) اى المشترى (قيمته) لانه اتلف ما ملكه بعقد فاسد (وقبض) المكره (الثمن) من المشترى (او تسليم المبيع) للمشترى حال كونه (طوعا) اى طايعا قيد للمذكورين (اجازة) بالبيع اذا القبض والتسليم طايعا دليل الرضاء (لا فعلهما كرها) اى ان قبض الثمن وسلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع لعدم الرضاء (ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها) اى اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم طوعا لا يكون اجازة لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا فى الاكراه والاكراه فى البيع يثبت بنفس العقد ولم يكن التسليم فيه داخلا فى الاكراه فافترقا (فان هلك المبيع فى يد مشتر غير مكره) بفتح الراء والبايع مكره (لزمه) اى المشترى (قيمته) اى قيمة المبيع للبايع المكره لكون العقد فاسدا فكان مضمونا عليه بالقيمة (وللبايع تضمين اى شاء من المكره) بكسر الراء (او المشترى) لان لكل واحد منهما دخلا فى هلاك ماله واحد منهما بالذات وواحد آخر بالواسطة (فان ضمن المكره) بالكسر لكونه فى حكم الغاصب لدفع مال المالك الى المشترى (رجع على المشترى بقيمته) لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد (وان ضمن) البايع (المشترى) الاول من المشترين بالقيمة (بعد ما تداولته البياعات) بان باعه المشترى من آخر وباع آخر من آخر ثم وثم وانما يلزم الضمان لكونه فى حكم غاصب الغاصب باخذه المال بواسطة من كان آلة للبايع ولذا لا يرجع المشترى عاضمن على المكره الذى كان واسطة وآلة للبايع (نفذ كل شراء وقع بعد شرائه) اى المشترى الاول لكونه مالكا بالضمان فظهر انه باع ملك نفسه وللبايع المكره ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التى بعده (ولا) ينفذ الشراء الذى (وقع قبله) اى قبل الضمان لعدم دخوله فى ملك غيره قبل التضمين حتى يملكه (وان اجاز) المالك المكره (عقدا منها) اى من هذه البياعات (جاز ما قبله) اى ما قبل هذا العقد (ايضا) اى كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فعاد الكل الى الجواز وفى الضمان يثبت المستند الى حين القبض لا ما قبله (وله) اى للمشترى

(استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البائع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا ياخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا فعلهما كرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا في) اى فى حق من (يستضر به) اى بضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ به الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح او شرب دم لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون ماكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس او قيد لا يحل) للمكره (التناول) لان هذا لا يكون اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم العمل الان يقول لاضربن على عينك او ذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس او مال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لا يحل ومن المشايخ من قال او ذا تمم يقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه او عينه بظلمة المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه ملجئ فيهما وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار فبقاؤه على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره (بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع من مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقدر جونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر او غيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين

اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله تعالى عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيق فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد يثبت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لا يصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما يوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لا عذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الآمرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه اولم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لا تحملها فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا

(استرداده) اى الثمن (اذا فسخ) البيع (لو) كان الثمن (باقيا) فى يد البائع والمكره لفساد البيع وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لكونه امانة فى يده لانه اخذه باذن المشترى ولو ذكر هذه المسئلة عقيب قوله لا قبله كما ذكرها كما فى اكثر الكتب لكان انسب تتبع (وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه) فانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضاء وهو شرط لثبوت حكم الاكراه (الا) اى فى حق من (يستضربه) اى يضرب سوط وحبس يوم (لكونه ذا منصب) فيكون مكرها بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضاء وفى المبسوط الحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ به الاغتمام البين به وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان المقادير لا تكون بالرأى ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه (وان اكره على اكل ميتة او) اكل (دم) ووقع فى الاصلاح اوشرب دم لان الدم من المشروب لا من المأكول لكن يمكن التوفيق بان يكون مأكولا فيما اذا كان جامدا ومشروبا فيما اذا كان سائلا تدبر (او) اكل (لحم خنزير او) اكره على (شرب خمر بضرب او حبس اوقيد لا يحل) للمكره (التناول) لان هذا لا يكون اكراها ملجئا اذ لا يضطر بمثله اكثر الناس فيلزم عليهم الحمل الا ان يقول لاضربن على عينيك او ذكرك وفى البزازية الاكراه بالحبس المؤبد والقيد المؤبد لا يوجب الاكراه اذا لم يمنع الطعام والشراب لعدم الافضاء الى تلف نفس او مال وانما يوجبان غما والتناول للمحرم لازالة الغم لا يحل ومن المشايخ من قال لو ذا تهم تقع فى قلبه انه بالحبس المذكور او بالحبس فى بيت مظلم يخاف عليه التلف غما او على عضو من اعضائه او عينه يطلق المكان يحل ومحمد لم يجعل الحبس الذى كان فى زمانه وهو المكث المجرد اكراها اما الحبس الذى احدثوه اليوم فهو اكراه لانه تعذيب لا حبس مجرد (وان) اكره على تناول هذه الاشياء (بقتل او قطع عضو حل) تناولها لان الاكراه الملجئ ثبت وحرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار واما حالة الاضطرار شفقة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه (ويأثم) المكره (بصبره على التلف ان علم الاباحة) لانه امتنع عن مباح والقى نفسه فى مهلكة (كما فى المخمصة) اى كما يكون آثما بالصبر فى حالة المخمصة والجوع فاتلف نفسه وذكر شيخ الاسلام ان المكره انما اثم اذا علم بالاباحة ولم يتناول واما اذا لم يعلم فقدر رجونا ان يكون فى سعة منه لانه يعذر بالجهل فيما فيه خفاء (وان اكره على الكفر او سب النبى عليه السلام بقتل او قطع عضو رخص له اظهاره) اى اظهار الكفر او غيره (وقلبه مطمئن بالايمان) اى غير متغير عقيدته فان المشركين

اكرهوا عمارا فاعطاهم ما ارادوا مع طمانينة القلب فقال عليه السلام فان عادوا فعد اى ان عاد الكفار بالاكراه فعد الى اطمينان القلب بالايمان فيما اجريته على لسانك ونزل فى حقه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لايفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه (ويوجر بالصبر على التلف) لان خبيبا رضى الله تعالى عنه قد صبر حين ابتلى حتى صلب ولم يظهر كلمة الكفر وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين واقامة حق الله تعالى كان شهيدا وفى الاصلاح وغيره تفصيل فليطالع (ولا رخصة) على اجراء الكفر على اللسان (بغيرهما) اى بغير القتل والقطع لان غيرهما ليس بملجئ (وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما) اى بالقتل او القطع (رخص) الاتلاف (له) اى للمكره لان اتلاف مال الغير يستباح للضرورة كما فى المخمصة وقد ثبتت (والضمان على المكره) بالكسر لان المكره فى حق الاتلاف آلة للمكره فلم يلزم عليه الضمان وفيه اشارة الى الاحتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فان فيها لا يصلح آلة والى ان المكره على الاخذ والدفع الى المكره انما يسعه اذا كان حاضرا عند المكره فان كان ارسله ليفعل فخاف ان ظفر يفعل ما يوعده لم يحل له الاقدام على ذلك لزوال القدرة على ذلك والالجاء بالبعد منه وبهذا تبين انه لاعذر لاعوان الظلمة فى اخذ الاموال من الناس عند غيبة الآمرين وتعللهم بامرهم والخوف من عقوبتهم ليس بعذر الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده عليه فيكون بمنزلة حضور الآمر (او) ان اكره (على قتله) اى قتل غيره (او قطع عضوه) بالقتل او القطع (لا يرخص له) فى ذلك بل يلزم الصبر عليه فان قتله اثم لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص وفى جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه الملجئ ولا يلزم عليها الحد كما فى التنوير اذا اكرهت بغير ملجئ (فان فعل) اى ان قتل او قطع العضو بالكره (فالقصاص على المكره) بكسر الراء (فقط) اى دون المكره بالفتح ان كان القتل عمدا لكونه حاملا ولا يقتص القاتل لانه آلة له كالسيف هذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف لا) يجب (قصاص على احد) منهما لان الحد مضاف الى المكره من وجه لانه المباشر والى المكره من وجه لانه الحامل فهو كالدافع الى القتل فتمكنت فيه الشبهة فى الجانبين فلا قصاص على واحد منهما فالدية من مالهما اذ العاقلة لاتحملها فى العمد وعند زفر يقتص الفاعل فقط لانه هو المباشر حقيقة وكذا

حتما لا على المكره وعند الائمة الثلاثة يقتص من كل منهما لكون الفاعل مباشرا
والحامل سببا (ولو اكره على ان يتردى) اي يسقط (من جبل ففعل) اي تردى
(فديته على عاقلة المكره) لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه في معنى
القتل بالمثقل فتجب الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وهذا عند الامام
(وعند ابي يوسف تجب) الدية (في ماله) اي في مال المكره الحامل
لان القتل الحاصل بالاكراه لا يوجب القصاص عنده (وعند محمد عليه) اي على
المكره (القصاص) لان القتل بالمثقل كالقتل بالسيف عنده فيجب القصاص
(ولو اكرهه على تردٍّ) اي على سقوط من مكان عال (او اقتحام نار) اي
لو اكره على ادخال نفسه في نار (او ماء ففعل) اي كل واحد من هذه
الثلاثة (فهلك فيه) اي للمكره (الخيار في الاقدام) عليه (والصبر) عند
الامام لانه ابتلي ببليتين متساويتين في الافضاء الى الاهلاك فيختار ما هو
الاهون في زعمه (وقالا يلزمه الصبر) اي يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل
سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه ثم اذا القى نفسه فعلى المكره قصاص
لانه مضطر الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في القاء نفسه قيد بالقتل
لانه لو اكره بالعصا ليس له الاقدام اتفاقا وقيد بقوله كل مهلك لانه لو لم يكن
كذلك كان له الاقدام اتفاقا كما في شرح المجمع (ولو وقعت نار في سفينة
وكان بحيث (ان صبر احترق وان القى نفسه) في الماء (غرق فله) اي لمن ابتلي
به (الخيار) بين الصبر والالقاء (عند الامام وعند محمد يلزمه الثاني)
وعن ابي يوسف روايتان مع الامام في رواية ومع محمد في رواية وعليه الطرفين
[illegible] واصل هذه المسئلة في السير الكبير ذكره ابن الساعاتي
(وان اكره على طلاق) امرأته (او اعتاق) عبده (او توكيل بهما) اي
بالطلاق والاعتاق (ففعل) اي اعتق عبده او طلق امرأته او وكل بهما
فاعتق الوكيل او طلق (نفذ) لان الاكراه لا ينافي الاهلية خلافا للائمة الثلاثة
والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع
وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده
فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر لكونها من
الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل وعلى هذا ما وقع في الفوائد
الزينية من انه لو اكره على الطلاق وقع الا اذا اكره على ان يوكل به فوكل يجري
على القياس لا على الاستحسان تدبر (ويرجع) المكره (بقيمة العبد) المعتق
(على المكره) بالكسر في صورة الاعتاق لانه يصلح آلة للحامل نظرا الى الاتلاف
لا الى التكلم لان كلامه بالاعتاق لم يصلح آلة للحامل بل يختص به ولذا يكون
الولاء للمكره لا للحامل ويضمنه لاتلافه واخراجه عن ملكه سواء كان موسرا

او يقتصر الامة ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره قيل هذا اذا كان العتق بالقول اما اذا كان بالفعل كما اذا اشترى ذا رحم محرم لا يرجع المكره بالقيمة لحصول العوض وهو صلة الرحم وفي التجريد ومن اكره على شراء ذي رحم محرم منه بعشرة آلاف وقيمته الف او كان المشتري جعله حرا ان ملكه ففعل فهو حر وعلى المشتري قيمة الف و بطلت الزيادة ولا يرجع على الذي اكرهه بشيء ( وكذا ) يرجع المكره على المكره في صورة التطليق ( نصف المهر ) اذا سمى و يرجع على المكره بما لزمه من المتعة اذا لم يسم ( لو كان قبل الدخول ) لان المكره يصلح آلة للحامل في اتلاف المال لا في ايقاع الطلاق لان ما عليه من المهر والمتعة كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها كالارتداد او تقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق كرها وكان هذا تقريرا للمال فيضاف التقرير الى الحامل فكان متلفاله فيرجع الزوج عليه ( ولا رجوع ) عليه ( لو ) كان الطلاق ( بعده ) اي بعد الدخول لان المهر هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق والدخول ليس بصنع من المكره وفي الجواهر او قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول عتق ولم يضمن المكره شيئا وكذا لو اكره على ان يتزوج امرأة قد كان جعلها طالقا ان تزوجها فتزوجها وغرم نصف المهر لم يرجع على من اكرهه بشيء ولو اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك بهبة او صدقة او شراء عتق عليه ولم يغرم الذي اكرهه شيئا ولو ورث مملوكا ضمن الذي اكرهه قيمته استحسانا ( وصح يمين المكره ) بشيء من الطاعات او المعاصي ( و ) صح ( نذره ) اي نذر المكره بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها ( و ) صح ( ظهاره ) اي ظهار المكره هو تشبيه امرأته بظهر امه فيحرم عليه قربانها حتى يكفر لان كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا يأتي فيه الاكراه ( ولا يرجع ) المكره على الحامل في الصور الثلث ( بما غرم بسبب ذلك ) اذ لا مطالب له في الدنيا ( و ) صح ( رجعته ) اي لو اكره ان يراجع امرأته فراجعها صح لانها استدامة النكاح ( وايلاؤه ) بان حلف ان لا يقرب امرأته ( وفيئه ) اي باللسان ( فيه ) اي في الايلاء لانه كالرجعة لان كل ما ينفذ مع الهزل ينفذ مع الاكراه ( وكذا ) يصح ( اسلامه ) اي اذا اسلم مكرها يحكم عليه بالاسلام لانه لما احتمل رجحنا الاسلام احتياطا لانه يعلو ولا يعلى كما في اكثر المعتبرات فبهذا علم ان ما في الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما محمول على جواز القياس لانه يصح في الاستحسان كما في المنح

( لكن لاقتل فيه لوارتد ) بعد الاسلام مكرها لان فى اسلامه شبهة دارئة للقتل وتظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لايصح ولايحكم بردته لعدم القصد كما فى شرح الكنز ( ولايصح ابراؤه ) اى ابراء المكره دينه عن مديونه او عن كفيل مديونه لكونهما مما يحتمل الفسخ كالبيع فالفاعل بعد زوال الكره يصير مخيرا وكذا لواكره الشفيع على ان يسكت عن طلب الشفعة فسكت لاتبطل شفعته ( ولا ) تصح ( ردته ) لمامر من الرخصة فى اظهار الكفر اذا اكره بالملجئ ( فلاتبين بها ) اى بهذه الردة ( امرأته ) لعدم الحكم بردته وانما قيدنا اذا اكره بالملجئ لانه لو اكره بغيره فقد صحت ردته فتبين امرأته ( فان ادعت ) المرأة ( تحقق ماأظهره وادعى ) المكره ( ان قلبه مطمئن بالايمان صدق ) استحسانا والقياس ان يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب البينونة بها فيستوى فيها الطايع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلاتقع الفرقة كما فى شرح الكنز ( ولو اكره على الزنا فنعل ) المكره ( حد مالم يكرهه السلطان ) لمامر ان الاكراه لايتحقق من غيره عند الامام فاذا لايوجد مع الاكراه ( وعندهما لاحد عليه ) لمامر ان الاكراه يتحقق من السلطان ومن غيره فلايحد فى صورتين ( وبه ) اى بقول الامامين ( يفتى ) اذ ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحد فان حكم الاكراه لااختلاف فيه وانما النظر فى ان يقع من غير سلطان اولا فان وقع من غيره اكراه ملجئ كما فى زماننا يجرى على حكمه بلانكير وقال زفر يحد لان انتشار الآلة دليل الطواعية ولنا ان انتشار الآلة قد يكون طبعا لاطوعا كما فى النائم والصبى كما فى بعض المعتبرات فعلى هذا اندفع ماقال صاحب الاصلاح من ان مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافى كما ذهب اليه كثير من الناظرين فى هذه المسئلة بل على اصل آخر قرره الزاهدى حيث قال ان الاكراه لايتصور فى الزنا لان الوطئ لايحصل الابانتشار الآلة والاكراه لايتصور فى الانتشار فكان طوعا فيجب الحد الاان يكرهه السلطان لان اقامة الحد اليه وهو الذى حوله عليه انتهى لانه ليس على اصل معتبر بل على قول زفر كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى التنوير اكره القاضى ليقر بسرقة او قتل رجل عمدا او بقطع يد رجل عمدا فاقر بذلك فقطعت يده او قتل ان كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضى وان متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لايقتص من القاضى استحسانا لوجود الشبهة صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح والحيلة له فيه من اين اعطى ولامال لى فاذا قال الظالم بع جاريتك وقد صار مكرها على بيع الجارية

فلا ينفذ بيعها المكره باخذ المال لا يضمن باخذه اذا نوى وقت الاخذ انه يرده على صاحبه والا يضمن وان اختلفا في النية فالقول للمكره مع يمينه

## ( كتاب الحجر )

المناسبة بين الكتابين ان كل واحد منهما من العوارض التي تزيل سبب الولاية والرضاء وسبب تأخير هذا الكتاب عن الاكراه لان ماتقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه ( هو ) في اللغة المنع مطلقا اى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة ومنه سمى العقل حجرا لانه يمنع القبايح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذى حجر اى لذى عقل وفي العرف عبارة عن منع حكمى كالنهى الا ان التصرف في الحجر لا يفيد الملك بحال في البيع وفي النهى يفيده بعد القبض كما في البيع الفاسد فهذا فرق بين الحجر والنهى من حيث الحكم وكذا يفرق من حيث الماهية لان الحجر هو المنع لحق الغير والنهى هو المنع لحق الشرع وفي الشرع ( منع نفاذ تصرف قولى ) لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى الا ترى انه يرد ولا يقبل والفعل حسى لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع نفاذ تصرف قولى ( واسبابه ) اى الحجر ( الصغر ) بان يكون غير بالغ فان كان غير مميز كان عديم العقل وان كان مميزا فعقله ناقص فالضرر محتمل واذا اذن له الولى صح تصرفه لترجح جانب المصلحة ( والجنون ) وفي الدرر فان عدم الافاقة كان عديم العقل كصبى غير مميز وان وجدت في بعض الاوقات كان ناقص العقل كصبى عاقل في تصرفاته واما المعتوه فاختلفوا في تفسيره واحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ( والرق ) ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف مختار كامل الرأى كالحر غير انه ومافي يده ملك المولى فلا يجوز ان يتصرف لاجل حقه فان اذن المولى رضى بفوات حقه اعلم ان الله تعالى شرف البشر بالانعام بالعقل وركب فيهم الهوى والعقل وجعل في الملائكة العقل دون الهوى وفي البهايم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان افضل خلقه لمايقاسى من مخالفة الهوى ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهايم قال الله تعالى اولئك كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوى النهى حتى كان بعضهم ائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بالردى كالجنون والعته والصغر وجعل تصرف الصغير والمعتوه غير نافذ بالحجر عليهما كيلا يتعلق بهم الضرر باحتيال بعض من يعاملهما وجعل الصبى والجنون سببا للحجر

عليهم شفقة عليهم ورحمة بهم ودفعا للضرر عنهم ثم فرعه بقوله ( فلا يصح تصرف
صبي او عبد بلا اذن ولي وسيد ) لما قررنا قبله هذا لف ونشر مرتب ولو قال
وسيد بالواو لكان اولى ( ولا ) يصح ( تصرف المجنون المغلوب بحال ) ولو اجازه
الولي لعدم صحته قيد بالمغلوب اي المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق اخرى
فهو في حال افاقته كالعاقل ( ومن عقد منهم ) اي من هؤلاء المحجورين
( وهو يعقله ) اي يعقل العقد ( فوليه مخير بين ان يجيزه ) اي العقد ( او يفسخه )
لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي والمولى
ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وعند الائمة الثلاثة لا يصح اجازته ( ومن اتلف
منهم ) اي من المحجورين ( شيئا فعليه ) اي على من اتلف ( ضمانه ) بالاجماع
لانهم غير محجورين عما هو في الافعال ( ولا يصح طلاق الصبي او المجنون )
ولو قال والمجنون بالواو لكان اولى ( ولا ) يصح ( اعتاقهما ) لقوله عليه السلام
رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضي
ان لا يتعلق باقوالهما حكم وكذلك لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما ( ولا اقرارهما )
لنقصان عقلهما او عدمه ( وصح طلاق العبد ) لقوله عليه السلام لا يملك العبد
والمكاتب الا الطلاق ( و ) صح ( اقراره ) اي اقرار العبد ( في حق نفسه )
لكونه مكلفا وان لا في حق سيده لعدم ولاية العبد عليه ثم فرعه بقوله ( فلو اقر )
اي العبد المحجور ( بمال لزمه بعد عتقه ) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما انه
وما في يده ملك المولى فاذا اعتق زال المانع هذا اذا اقر المولى واما اذا اقر به
فلا يلزمه شيء وفي الخانية ولو ان صبيا محجورا استقرض مالا فاعطى
صداق المرأة صح استقراضه فان لم يعطه المرأة وصرف المال في بعض حوائجه
لا يؤاخذ به لا في الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام بخلاف العبد
المحجور فانه يؤاخذ به بعد العتق لانه اهل الالتزام ( وان ) اقر العبد المحجور
( بحد او قود لزمه في الحال ) لانه مبقى على اصل الحرية والآدمية في ايجاب
الحد عليه وفي حق الدم ولهذا لا يجوز اقرار المولى عليه في الحد والقصاص
( ولا يحجر على السفيه ) اي لا يحجر حر عاقل بالغ عن التصرف لسبب سفه
هو اتلاف مال بلا مصلحة لخفة عقله عند الامام لانه لا يرى الحجر على الحر البالغ
العاقل بسبب السفه والدين والغفلة ( وان ) وصلية ( كان مبذرا ) لانه
مخاطب قادر على التصرف فابطال قدرته يؤدي الى اهدار آدميته وهذا
اضر من ضرر الاتلاف ( وان بلغ غير رشيد ) وهو لا ينفق ماله فيما يحل
ولا يمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والاسراف ( لا يسلم اليه ماله )
بالاجماع لبقاء اثر الصبا فلو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس

باثر الصبا ( حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه ) ماله عند الامام ( وان ) وصلية ( لم يؤنس رشده ) لان هذا السن لا ينفك عنه الرشد الا نادرا والحكم في الشرع للغلبة ( وان تصرف ) السفيه ( فيه ) اى في ماله ( قبل ذلك ) اى قبل البلوغ الى خمس وعشرين ( نفذ ) تصرفه لعدم الحجر عنده كما ذكر ( وعندهما ) والائمة الثلاثة ( يحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله ما لم يؤنس رشده ولا يصح تصرفه ) اى تصرف السفيه ( فيه ) اى في ماله بسبب سفه في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق والعتاق ولا عن الاسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص اذ لا يجرى الحجر فيها بالاجماع لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اذ الامر بالدفع عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبل العلم بالرشد لان علة المنع هى السفه فيبقى المنع ما دامت العلة باقية فلا يكون للزمان دخل هنا وفي التنوير نقلا عن الخانية وبقولهما يفتى ثم فرعه بقوله ( فان باع ) المحجور ( لا ينفذ ) بيعه لانه محجور عندهما وفائدة الحجر عدم النفاذ ( وان ) كان ( فيه ) اى في بيعه ( مصلحة ) بان كان بمثل القيمة اوكان رابحا وكان الثمن باقيا في يده ( اجازه الحاكم ) وان كان الثمن اقل من القيمة اوكان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده وان باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز ( وان اعتق ) عبدا ( نفذ ) عتقه عندهما لان كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه ( وسعى العبد في قيمته ) اى اذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لانه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وفي قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ( ولو دبر ) عبده ( صح ) تدبيره لانه يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه ( وان مات المولى ( قبل رشده ) اى قبل ان يؤنس منه الرشد ( سعى العبد في قيمته مدبرا ) لانه بموت المولى عتق ولانه اعتقه في حيوته فعليه السعاية في قيمته مدبرا

لان العتق لا يقبل الفسخ فصار كما لو اعتقه بعد الحجر وفي شرح الكنز للزيلعي وان جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والام ام ولد له ولا يسعى
هو ولا امها في شيء بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعي الولد ولو لم يكن معها
ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت
في كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه ام ولدي
(ويصح تزوجه) اي تزوج السفيه ملابسا (بمهر المثل) وانما صح نكاحه
لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه مع ان التزوج من حوائجه الاصلية
ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات
صحته كذا في اكثر الكتب لكن ان ما هو من ضرورات صحة النكاح مقدار النصاب
من المهر لا قدر مهر المثل تدبر (وان سمى اكثر) اي من مهر المثل (بطلت
الزيادة) لان ما زاد عليه ملتزم بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال
وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج اربعا او تزوج
كل يوم واحدة فطلقها كذا في العين (ويخرج) على صيغة المبني للمفعول
من الافعال (زكوة مال السفيه) لانه واجب عليه حقا لله تعالى (وينفق
منه) اي من ماله (عليه وعلى من تلزمه نفقته) من اولاده وزوجته وسائر
من يجب عليه نفقته لان احياء هؤلاء من حوائجه الاصلية حقا للقرابة والسفه
لا يبطل حق الله تعالى ولا حق الناس (ويدفع القاضي قدر الزكوة) من ماله
(اليه) اي الى السفيه (ليؤدي بنفسه) ويصرفها الى مصرفها لان الواجب عليه
الايتاء وهو عبارة عن فعل نفسه هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية (ويوكل)
اي القاضي (امينا الى ان يؤديها) كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم
القاضي النفقة الى امينه ليصرفه الى مستحقيها لانه لا يحتاج فيه الى النية
فاكتفى فيها بفعل الامين (فان اراد حجة الاسلام لا يمنع منها) اي من الحجة لانها
واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح
وغير السفيه اذ لا تهمة فيه (ولا) يمنع (من عمرة واحدة) والقياس ان يمنع
لانه تطوع كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن
منها احتياطا وكذا لا يمنع من ان يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف
ولا يمنع من القران وان جنى في احرامه ينظر ان كانت جناية يجوز فيها الصوم
كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم
وان كانت جناية لا يجزي فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك
الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر
الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا والعبد المأذون له في الاحرام

وكذا او جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم تأخر الى ان يصير مصلحا (وتدفع نفقته) اى نفقة السفيه فى طريق الحج والعمرة (الى ثقة) من الحجاج (ينفق اليه) اى الى السفيه (فى الطريق) بالمعروف (لا) تدفع (اليه) كيلا يبذر ولا يسرف (وتصح منه) اى من السفيه (الوصية فى القرب) جمع قربة (وابواب الخير) من الثلث ان كان له وارث والقياس انها لا تصح لانها تبرع لكنا استحسنا ذلك اذا كانت مثل وصايا الناس لانها قربة يتقرب بها الى الله تعالى وهو يحتاج اليها سيما فى هذه الحالة وفيه اشارة الى انه اذا اوصى بما يستقبحه المسلمون فلا ينفذ كما فى التبيين (ويحجر على المفتى الماجن) هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بان علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها وبان علم الرجل ان يرتد لتسقط عنه الزكوة ثم يسلم ولا يبالى ان يحرم حلالا ويحل حراما (والطبيب الجاهل) هو الذى يسقى الناس فى امراضهم دواء مخالفا لعدم علمه فيفسد ابدان المسلمين (والمكارى المفلس) لانه يأخذ الكراء اولا ليشترى به الجمال والظهر ويدفع الى بعض ديونه فيفوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقا) قيد للثلاثة جميعا لان منع كل واحد منهما دفع ضرر العامة اذا المفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والطبيب الجاهل يهلك ابدانهم والمكارى المفلس يتلف اموالهم فيحجر هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر (ولا يحجر على فاسق) سواء كان اصليا اوطاريا (ومفغل اذا كان) كل واحد منهما (مصلحا لماله) لان حجر السفيه عندهما كان للنظر له صيانة والفاسق يصلح ماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لانه تعالى علق الدفع بعلم رشد واحد لانه نكرة فى الاثبات فيكون اقله كافيا فالمراد هو الرشد فى المال لا فى الدين بكسر الدال والا يلزم الرشدان ولو كان الفسق موجبا للحجر لكان حجر الكافر اولى به ولم يذهب اليه احد وعند الشافعى يمنع زجرا له وعقوبة عليه وان كان مصلحا لماله ولذا لا يكون الفاسق اهلا للولاية والشهادة عنده وفى المنح ولو ان قاضيا حجر على مفسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فاطلقه ورفع عنه الحجر فاجاز ما صنع جاز اطلاق الثانى لان قضاء الاول كان فى فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف فى نفس القضاء ولان الحجر الاول لم يكن قضاء لعدم المقضى عليه فينفذ قضاء الثانى فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور عليه فاذا اطلقه الثانى صح اطلاقه وليس للقاضى الثالث بعد ذلك ان ينفذ قضاء الاول بالحجر وكذا لا يحجر من له غفلة شديدة عند الامام لانه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وعندهما

فيمنع القاضي عن التصرف شفقة له وهو قول الائمة الثلثة كما في اكثر المعتبرات لكن المص لم يذكر الاختلاف في المتن بل اتى بصورة الاتفاق لكنه قد ذكر الخلاف في ذكر السفه للمشاركة في اتلاف المال او لعدم اعتناء بقولهما في هذه المسئلة تتبع (ولا) يحجر (على مديون) وان طلب الحجر غرماؤه عند الامام لان المنع من التصرف بطلب الغرماء ابطال اهليته والحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص (ولا يبيع القاضي ماله) اى مال المديون (فيه) اى في الدين لان تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا (بل يحبسه) اى القاضي لبيع ماله (ابدا حتى يبيعه) اى المال (هو) اى المديون (بنفسه) فيكون الحبس لقضاء الدين لا لاجل البيع لان قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس الا ان قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود اظهر من قدرته عليه بالاستقراض ونحوه وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه (فان كان) والاولى بالواو (ماله) اى مال المديون (من جنس دينه) كالدراهم (اداه) اى الدين (الحاكم منه) من جنسه الدراهم بالاجماع لان للدائن الاخذ بلا رضاء المديون عند المجانسة فالقاضي اذا قضى دينه لا يلزم حجره عند الامام لان قضاء الدين من القاضي اعانة (ويبيع احد النقدين بالآخر استحسانا) بالاجماع وفي القياس لا يبيع الدراهم بالدنانير ولا الدنانير بالدراهم للاختلاف في الصورة ولا يأخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية ولذا يضم احدهما الى الآخر في الزكوة (وعندهما) وعند الائمة الثلاثة (يحجر عليه) اى على المديون (ان طلب غرماؤه) الحجر عليه (ويمنع من التصرف) الذي يضر بالغرماء (و) يمنع من (الاقرار) اى اقرار الدين لغيرهم حتى لا اضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ويمنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه كما في الهداية (ويبيع الحاكم ماله) اي مال المديون الحصر ليؤدي الدين من ثمنه لانه لو كان غائبا لا يبيع ماله اتفاقا (ان امتنع من بيعه (ويقسمه) اى يقسم ثمنه (بين غرمائه بالحصص) اذا لا يفي بحق عليه فبابائه ناب عنه الحاكم كما في المجبوب اذا امتنع عن المفارقة فرق الحاكم بينهما والاصل ان من امتنع من ايفاء حق مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة ناب القاضي منابه كما في اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضي عليه (وان اقر حال حجره) بمال (لزمه) ذلك المال (بعد قضاء ديونه لانه

احتمال ) لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم مع ان الاقرار امر مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فلا يزاحم لكن ينفذ اقراره على نفسه وفيه اشارة الى انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره وتبرعاته فيه لان حقهم تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد والى انه لو استهلك مالا لغيرهم فله ان يشاركهم فيما في يده لانه مشاهد وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها وكذا لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود فله ان يشاركهم فيه ( وينفق من مال المفلس عليه وعلى من تلزمه نفقته ) كاولاده الصغار وزوجته وذوى ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء ( والفتوى على قولهما في بيع ماله لامتناعه ) من البيع كما في الاختيار ( وتباع النقود ) جملة مستأنفة استينافا بيانيا كان قائلا قال اذا كان الفتوى على قولهما في بيع ماله فاى ماله يباع اولا فاجاب بقوله وتباع النقود اولا ( ثم ) تباع ( العروض ثم العقار ) وقيل يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم بيع العقار فالحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للمداين فيبيع ما كان النظر اليه وبيع ما يخشى عليه التلف انظر له ( ويترك له ) اى للمديون ( دست من ثياب بدنه ) ويباع الباقي لان به كفاية ( وقيل ) يترك له ( دستان ) لانه اذا غسل ثيابه لا بدله من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضي الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه وكان اولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجترى بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمن الدين ويشترى بالباقي مسكنا يكفيه كما في التبيين ( ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه ) اى من الرجل فقبضه من البائع بعد الشراء باذنه والمتاع قائم بيده ( فرب المتاع اسوة الغرماء فيه ) اى في المتاع فيبيع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا كان الدين كله حالا واما اذا كان الدين بعضه حالا فيقسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص كما في القهستاني قيدنا القبض بعد الشراء بالاذن لانه ان افلس قبل قبضه او بعده بغير اذن بايعه كان للبائع استرداده وحبس المبيع بالثمن وقال الشافعي البائع اولى سواء كان قبل القبض او بعده

( فصل )

في بيان احكام البلوغ ( يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والانزال او الاحبال ) اى بجعل المرأة حبلى ( وبلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل ) بفتحتين

وما لا يكون إلا انزال منهما ولذا لم يذكر الانزال في الجارية قيل وجه عدم
الذكر فيها انه امر باطني لا يعلم منها كما يعلم من الصبي وفي الدرر والاصل ان
البلوغ يكون بالانزال حقيقة ولكن ضره عادة ذكر لا يكون الا مع الانزال فجعل كل
واحد علامة على البلوغ وفي التسهيل على هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام
هو الاحتلام مع الانزال فحينئذ ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام وفي العراقية في عدم
كون الحيض لا مع الانزال كلام تدبر انتهى لكن يمكن ان الحيض لا يوجد الا عن
حبل عادة وكذا لا يكون بعد الانزال (فان لم يوجد شيء من ذلك) اي من اسباب الحكم
ببلوغهما (فاذا تم له) اي للغلام (ثماني عشرة سنة) يحكم ببلوغه (و)
اذا تم (لها سبع عشرة سنة) يحكم ببلوغها عند الامام لقوله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الغلام على ماقاله ابن
عباس رضي الله تعالى عنهما ومن تبعه ثماني عشرة سنة وقيل اثنان وعشرون
وقيل خمس وعشرون فوجب ان تدور الحكم على القول الاول الا للاحتياط
الا ان الجارية اسرع بلوغها من الغلام فنقصنا في حقها سنة (وعندهما)
والائمة الثلاثة (اذا تم خمس عشرة سنة فيهما) اي في الغلام والجارية
(وهو رواية عن الامام وبه يفتى) لان علامة البلوغ لا تتأخر عن هذه
المدة فيهما غالبا (وادنى مدته) اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه (له)
اي للغلام (اثنا عشرة سنة ولها) اي للجارية ادنى المدة (تسع سنين)
كذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا واتباعا (واذا راهقا) اي قربا بالبلوغ
(وقالا قد بلغنا صدقا) في دعواهما ان لم يكذبهما الظاهر وفي الخانية صبي
اقر انه بالغ وقاسم وصي الميت قال ابو بكر محمد بن الفضل ان كان الصبي
مراهقا قبل قوله وتجوز قسمته وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم لا تجوز
قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذب ظاهر ومن هذا اي بعد ثنتي عشرة سنة
اذا كان بحال لا يحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لا يقبل قوله (وكانا) اي الغلام
والجارية (كالبالغ حكما) اي احكامهما حكم البالغين لانه امر لا يوقف عليه
الا من جهتهما فقبل فيه قولهما بالضرورة

## ( كتاب المأذون )

ايراد المأذون بعد الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وفي اللغة
عبارة عن الاعلام وفي الشرع (الاذن فك الحجر) الثابت شرعا (واسقاط
الحق) مطلقا سواء كان حق الصبي او المعتوه او حق مولى عبد وقد ذهب
البعض الى تخصيص الاسقاط بحق مولى العبد هنا وهو التصرف والخدمة

لمولاه اذ هذا الحق يمنع تصرف العبد لنفسه فاذا اسقط المولى حقه هذا يقدر العبد الى الاكتساب بالاضافة الى نفسه ليتعلق حق من يعامله بذمته ولا يقدر الى دفع يد مولاه عما اكتسبه كالحر فيأخذ من كسب عبده كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى الدرر والاذن نوعان احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا على العبد واسقاط الحق فيتصرف العبد لنفسه باهليته والنوع الثانى اذن الصبى والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية لهما (ثم يتصرف العبد) بعد ذلك لنفسه (باهليته) القديمة فقوله ثم يتصرف عطف على محذوف فان قوله الاذن فك الحجر معناه اذا اذن المولى ينفك الحجر عن العبد فعطف على قوله ينفك قوله ثم يتصرف العبد فقوله واسقاط الحق كالتفسير لقوله فك الحجر (ولا تلزم) تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته (سيده عهدة) اى عهدة التصرف كما اذا اشترى شيئا ولم يؤد ثمنه يطالب منه الثمن ولم يرجع على سيده لانه اشترى لنفسه لا لسيده والوكيل عكس هذا اذ الثمن يطلب من الموكل لا من الوكيل (ولا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (فلو اذن له) اى للعبد (يوما) ونحوه من اليوم المعين والليل والشهر والسنة اومكانا (فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه) لان الاسقاطات لا تتوقف فان قيل ينبغى ان لا يكون له ولاية الحجر لان الساقط لا يعود قلت بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان فى الحجر امتناع عن الاسقاط فيما يستقبل الا ان الساقط يعود وفيه اشعار بان تعلق الاذن بالشرط جائز كاضافته الى المستقبل كما فى القهستانى (ولا يتخصص) بنوع من التجارة (فاذا اذن فى نوع من التجارة كان مأذونا فى سائر الانواع) حتى لو اذن بشراء الخز ونهى عن شراء البر كان اذنا بشراء البز وغيره وان لم يكن العبد مهتديا الى التصرف فى غير الخز والسيد عالم به فان قلت انه ازال الحجر فى حق تصرف خاص قلت نعم الا انه يوجب الرضاء بتعطيل منافعه مطلقا والتخصيص لغو كما فى القهستانى وقال زفر الاذن عبارة عن توكيل وانابة فيتقيد بما قيده به المولى وبه قال الشافعى واحمد (ويثبت) الاذن (صريحا) كما اذا قال لعبده اذنت لك فى التجارة (ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشترى فسكت) ولم ينهه منه فسكوته اذن له فى التجارة بخلاف سكوت القاضى فانه ليس باذن لكن لا يكون مأذونا فى ذلك الشئ لانه وسيلة الاذن ووسيلة الشئ خارج عن ذلك الشئ (سواء كان البيع للمولى اولغيره بامره او بغير امره) بيعا (صحيحا اوفاسدا) وفى التبيين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا

وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لا يبطل الرهن انتهى اكثر يمكن التوفيق بين كلام صاحب الهداية وقاضيخان بان يقال ان مراد قاضيخان بقوله لم يكن ذلك اذنا له هو ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اه فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت لا محالة وكذا يؤيده ماقاله القهستاني في هذا المحل نقلا عن الذخيرة فانه يصير مأذونا فيما يستقبل فيصح تصرفاته فيه لا فيما يبيع من مال سيده في الحال لانه لا بد فيه من الاذن الصريح بخلاف ما اذا اشترى من ماله فعلى هذا ان ما في الدرر في هذا المحل محل تأمل تم وعند زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ماراه يبيع او يشترى لانه يحتمل الرضى والسخط فلا يثبت بالشك ولنا ان العادة قد جرت بذلك لاجل دفع الضرر عن الناس ( وللمأذون ) خبر مقدم ( اذنا عاما لا بشراء شئ بعينه او ) شراء ( طعام الاكل او ) شراء ( ثياب الكسوة ) يعني للعبد الذي قال له مولاه قد اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة ( ان يبيع ) مبتدأ مؤخر ( و يشترى ) لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارات واما اذا امره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر كما في شرح الكنز للعيني وفي القهستاني اذا قال له اذنت لك في التجارة اي في كل تجارة او قال له اشترلى ثوبا و بعه او قال له آجر نفسك من الناس فانه صار مأذونا لانه امر بالعقود المتكررة بخلاف ما لو قال اشترلى ثوبا للكسوة او آجر نفسك من فلان في عمل كذا فانه لم يصر مأذونا لانه امره بعقد واحد وقد صح ان يكون استخداما فلو لم يصح للاستخدام صار مأذونا وان امره بعقد واحد كما اذا غصب العبد متاعا وامره السيد ان يبيعه فانه صار مأذونا لانه لم يمكن ان يجعل استخداما للسيد وهذا ظاهر ولا للمالك لانه لم يعمل له وعلى هذا الاصل يخرج جنس هذه المسائل كما في الذخيرة ( و يوكل بهما ) اي له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين ( و ) له ان ( يسلم ) اي يجعل نفسه رب السلم ( و ) له ان ( يقبل السلم ) اي يجعل نفسه المسلم اليه لانهما من توابع التجارة ( و ) له ان ( يرهن و يرتهن ) لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ( ويزارع ) اي له ان يدفع الارض مزارعة و يأخذها مزارعة لانهما من عمل التجارة ( و ) له ان ( يشترى بذرا يزرعه ) لان يربح ( و ) له ان ( يشارك

عينا ) لانه وكالة وليس ان يشارك مفاوضة لانها كفالة ( و ) له ان ( يتأجر )
الاجير والبيت وغيرهما ( ويوجر ولو ) وصلية ( نفسه ) فان اجارة نفسه
بيع منافعه وليس كبيع نفسه فيملك التصرف وعند الائمة الثلاثة ليس له ذلك
لان ذلك تصرف في نفسه فلا ينتظمه الاذن ( و ) له ان ( يضارب ) يأخذ
المال مضاربة ( ويدفع المال مضاربة ) لانه ان دفع يكون مستأجرا وان اخذ
يكون موجرا نفسه وهما من التجارة ( و ) له ان ( يبضع ) اى يدفع المال
بضاعة يعنى له ان يعطى رجلا قدر رأس المال ليتجر به ويكون الربح له ( و )
له ان ( يعير ) له ان ( يقر ) بدين اذ لولم يجز الاقرار لم يعامله احد فيكون
من لوازم المعاملة سواء صدقه المولى او كذبه وسواء كان مديونا اولا هذا
اذا كان اقراره فى صحته وان كان فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى الحر وعند الائمة
الثلاثة بدين معاملة فقط واذا اقر لزوجته ووالده وولده بطل عند الامام خلافا
لهما ( ووديعة ) لان الايداع وقبول الوديعة من عادة التجارة فله ان يقر
بها ( وغصب ) لان ضمان الغصب مفاوضة فيملك المغصوب بالضمان فله
ان يقر به ( ولو باع او اشترى بغبن فاحش جاز ) عند الامام لان المأذون
متصرف باهلية نفسه كالحر فيصح عقده بالفاحش ولو نهى عن البيع بالغبن
الفاحش كما فى المنح ( خلافا لهما ) لان الحق من الاذن الاسترباح والعقد
بالفاحش اتلاف فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز قيد بالفاحش لان بيعه
وشراءه بغبن يسير جائز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه ( ولو حابى ) العبد المأذون
اى باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضاء ( فى مرض موته صح من جميع
المال ان لم يكن عليه ) اى على المأذون ( دين ) فينفذ وان زادت المحاباة على
الثلث ( وان كان ) عليه دين ( فمن جميع ما بقى ) بعد الدين يعنى يؤدى دينه
اولا فما بقى يكون المحاباة من جميعه لان الاقتصار فى الحر على الثلث ولا وارث
للعبد والمولى وان كان بمنزلة الوارث الا انه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار
كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين ( وان لم يبق ) شئ بعد الدين بان كان محيطا
بما فى يده ( ادى المشترى جميع المحاباة او رد المبيع ) اى يقال له اد جميع المحاباة
والا فاردد البيع كما فى الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان مريضا لا تصح محاباة
العبد الا من ثلث مال المولى كتصرف المولى بنفسه كما فى التبيين ( وله ) اى للمأذون
( ان يضيف معامله ) لجريان العادة بذلك بين التجار لاستجلاب القلوب
وفى البزازية ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده
عشرة آلاف درهم فبعشرة يسير ولو عشرة دراهم فى يده فبدانق يسيره
( و ) له ( ان يحط من الثمن ) قدر ما يحط التجار لانه لا يملك ان يحط من الثمن اكثر

في العادة لانه تبرع بعد تمام العقد (بعيب) اي بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجار فقد يحط بالعيب لانه لا يحط بدونه لانه تبرع (و) له (ان ياذن رقيقه في التجارة) لانه نوع تجارة والاصل ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والوصي ولا يجوز للام والاخ والعم لانهم ليس لهم ولاية التجارة كما في الاختيار (لا ان يتزوج) اي ليس للمأذون ان يتزوج الا باذن المولى لانه ليس من باب التجارة ولا ان يتسرى جارية اشتراها وان اذن له مولاه كما في جواهر الفقه (او يزوج عبده) لان التزويج ليس بتجارة ولا ولاية له في ذلك الا باذن المولى (وكذا) لا يزوج (امته) عند الطرفين (خلافا لابي يوسف) فان عنده يزوج الامة دون العبد لان تزويجها تحصيل مال باسقاط النفقة وايجاب المهر فيصير كاجارتها ولهما ان الاذن لا يتناول غير التجارة وقد مر ان التزويج ليس منها (ولا ان يكاتب) رقيقه لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة مال بمال وبدل الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال (او يعتق ولو) وصلية (على) مال لان الاعتاق فوق الكتابة فاذا لم يملك هذا لا يملك الاعلى ولانه ليس بحر فلا يملك التحرير وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء (او يقرض) اي ليس له ان يقرض لانه تبرع ابتداء (او يهب ولو) وصلية (بعوض) لانها من التبرعات (او يهدي) اي ليس له الاهداء (الا) اهداء الشيء (اليسير من الطعام) كالرغيف ونحوه لاستجلاب القلوب لا الدراهم والدنانير (والمحجور لا يهدي اليسير ايضا) لعدم الاذن (وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى) العبد (المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه) على ذلك الطعام (للاكل معه فلا بأس به) لعدم ظهور الضرر على المولى (بخلاف ما لو دفع اليه) اي الى العبد المحجور (قوت شهر) لانه لو اكلوه حينئذ ضرر بين للمولى (قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه) بدون استطلاع رأي الزوج لانها غير ممنوعة من قبله عادة وهذه المسألة ليست من مسائل هذا الباب فيكون ذكرها لمناسبة هي كونها مأذونة عادة وفي اكثر الكتب والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة (ويلزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما في معناه) اي في حكم التجارة (كبيع وشراء) نظير التجارة قبل صورة وجوب الدين بالبيع والشرى ان يبيع ويستحق المبيع ويهلك الثمن في يده (واجارة واستيجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت) نظير لما هو في معنى

التجارة قبل صيرورة وجوب الدين بالاجارة ان يأخذ المأذون الاجرة معجلا ثم يهلك المستأجر اويستحق قبل تمام المدة ( يتعلق ) ذلك الدين ( برقبته ) اى المأذون وفيه اشعار بانه اوباع مولاه بعد الدين كان باطلا فقيل معناه سيبطل لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لواعتقه المشترى بعد القبض يصح ولزمه قيمته فلايكون موقوفا كما فى القهستانى ( فيباع فيه ) اى يبيع القاضى المأذون مرة فى ذلك الدين بطلب الغرماء بحضرة مولاه اونائبه وان لم يرض بذلك مولاه ( ان لم يفده ) اى الدين ( المولى ) وقال زفر يتعلق بالكسب لابالرقبة لانه مأذون فى التجارة لافى التصرف فى رقبته لان غرض المولى من اذنه تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قد كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه الجناية لاتعلق لها بالاذن وبه قال الشافعى ومالك وعن احمد يتعلق بذمة مولاه ولنا انه ظاهر فى المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر فى حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحل اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس ( ويقسم ) القاضى ( ثمنه ) اى ثمن العبد ( ومافى يده ) اى يد المأذون ( من كسبه ) بين الغرماء ( بالحصص ) اى بمقدار نصيب دين كل واحد منهم لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون فى الاستيفاء من البدل كما فى التركة ( سواء ) كان ( كسبه ) اى كسب المأذون مافى يده ( قبل الدين اوبعده اواتهبه ) وحاصله سواء كان كسبه قبل الدين اوبعده بالمبايعة او بقبول الهبة وفيه اشعار بانه يشترط حضور المأذون فى بيع كسبه لانه الخصم فيه ولايشترط رضاه ولاحضور مولاه ( ومابقى عليه ) اى على العبد من الدين بعد ماقسم الغرماء ثمنه ( يطالب به بعد عتقه ) ولايطالب به للحال اذ لهم الخيار فى القليل العاجل بالبيع والكثير الآجل بالسعاية لافى الجمع بينهما ولافى الطلب من المولى لانقطاع تعلقه به ( وما اخذه سيده منه ) اى من كسبه ( قبل ) ظهور الدين ( لايسترد ) لانه اخذه حين كان فارغا عن حاجة العبد فخلص له بمجرد القبض ( وله ) اى للمولى ( اخذ غلة ) اى اجرة ( مثله مع وجود الدين ) يعنى لوكان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين يكون له اخذ غلة بعد وجود الدين مثل ما اخذه قبل الدين استحسانا والقياس ان لايأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان ان فى اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يترك على حاله لاجل مايحصل له من المنفعة ولولم يأخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب ( والزائد عليها ) اى على غلة مثله ( للغرماء ) لعدم الضرورة فيه

وتقدم حقهم (ويحجر) المأذون غير المدبر (ان ابق) لان الاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا على ماذكر شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا يمنع بقاءه فلايلزم شيء من تصرفاته كالمحجور وعند زفر والائمة الثلاثة يبقى مأذونا لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فلاينافي دوامه وهل يعود الاذن ان عاد من الاباق فالصحيح انه لايعود وفي القهستاني في اواذن الآبق لم يصح الاذن لكن في الهداية اشارة الى انه قد صح اذنه كاذن العبد المغصوب فانه قد صح الا انه لايبطل اذنه به وفصل في الذخيرة بانه ان اقر الغاصب او كان للمالك بينة حاضرة عادلة فقد صح الاذن والافلا (او مات سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك اولم يعلم اما الموت فلانه يزيل الملك واما الجنون فلانه يزيل الاهلية واما اللحاق فلانه موت حكما (او حجر عليه) اى يصير محجورا ان حجر المولى عليه بان قال حجرتك عن التصرف او بايصال خبر الحجر اليه بشرط ان يصل للمأذون خبر نفسه للاحتراز عن الضرر وقضاء الدين بعد الحرية (وعلم به اكثر اهل سوقه) اى سوق العبد لان الاكثر قائم مقام الكل هذا اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم الا العبد فيكفي علمه بحجره وقال الشافعي حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وبه قال مالك واحمد (و) تحجر (الامة) المأذونة (ان استولدها سيدها) عندنا استحسانا لانه يمنع عن ان تخرج الى الناس لتعامل معهم فيكون الاستيلاد احصانا لها على الحجر عادة الا اذا اذن لها صريحا وهو يفوق دلالة وقال زفر لا يصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح ان يأذن لام ولده والبقاء اسهل وبه قالت الائمة الثلاثة (لا) تحجر الامة المأذونة (ان دبرها) المولى وحدها بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما) اى في الاستيلاد والتدبير لانه اتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء وهو الرقبة المحبوسة عنده لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضي حقهم وعند الائمة الثلثة لايضمن (واقراره) اى المأذون وهو رفع بالابتداء (بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة لغيره (او غصب) منه (صحيح) فيقضي مما في يده لامن رقبته لانها ليست من كسبه بل من كسب مولاه هذا عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايصح اقراره وهو القياس لان المصحح هو الاذن وقد زال وبه قالت الائمة الثلثة وجه الاستحسان ان المصحح هو اليد وهي باقية حقيقة وبطلان اليد حكما بالحجر بفراغ مافي يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها (وان استغرق دينه) اى دين المأذون (رقبته ومافي يده لايملك سيده مافي يده) من اكتسابه عند الامام ثم فرع عليه بقوله (فلو اعتق عبدا مما في يده لايعتق) عند الامام

( وعندهما ) وعند الائمة الثلاثة ( يملك ) السيد ما في يده ( فيصح عتقه ) في عبده و يغرم قيمته للغرماء لوجود سبب الملك في كسبه وهو كونه مالكا رقبته ولهذا يحل وطئ المأذونة وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته و المحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه وقال صاحب المنح ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو كان المولى يملك ما معه لعتق ولو اتلف المولى ما في يده من الرقيق ضمن لانه اتلف ما لا يملكه ولو كان المولى يملك ما معه لم يضمن ( وان لم يستغرق ) دينه رقبته ( صح ) اعتاق عبده ( اتفاقا ) اما عندهما فظاهر واما عنده فلانه لا يعرى عن دين قليل فلو جعل مانعا لا يبقى الانتفاع بكسبه فيفوت الغرض من الاذن ( و يصح بيعه ) اي بيع هذا المأذون ( من سيده بمثل القيمة ) او اكثر لانه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيصح ( لا ) يصح بيعه ( باقل ) من القيمة ولو يسيرا لان حق الغرماء تعلق بالمالية وليس له ان يبطل حقهم اما لو كان دينه اقل بحيث لا يحيط فجاز بيعه باقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء وفي القهستاني وهذا عنده واما عندهما فبيع من سيده مطلقا الا ان السيد مخير بين ازالة الغبن وبين نقض البيع و يبيع من اجنبي بالغبن اليسير لا الفاحش وقيل الصحيح ان قوله كقولهما كما في الكافي ( و ) يصح ( بيع سيده منه ) اي من هذا المأذون ( بمثلها ) اي بمثل القيمة و بالاقل منها لا يصح لان المولى اجنبي عن كسب عبده اذا كان عليه دين فالكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد كما في التبيين ( لا ) يصح ( بالاكثر ) لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء ( فلو باع ) المولى منه ( باكثر ) من قيمة المثل ( يحط المولى ( الزائد ) من القيمة ( او ينقض البيع ) صيانة لحق الغرماء كما في المبسوط بلا ذكر الخلاف لكن في المحيط وغيره انه عندهما واما عنده فالبيع فاسد وان اسقط المحاباة و كان الغبن يسيرا كما في القهستاني ( فان سلم سيده اليه ) اي الى العبد ( المبيع قبل نقد الثمن سقط ) عن ذمة هذا المأذون ( الثمن ) اي ثمن مبيع باعه سيده منه لان المولى لما سلم المبيع فقد ابطل حقه من العين فلم يبق له حق الا في الدين مع ان المولى لا يستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن ايضا فيخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه بعقده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به و بخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن كما في

الثمن وعن ابى يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه
حتى يستوفى الثمن ( وله ) اى المولى ( ان لا يسلمه ) اى المبيع ( حتى يأخذ
ثمنه ) لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى المولى على ما كان
عليه حتى يستوفى الثمن ولذا يكون اخص من سائر الغرماء ( ويضمن السيد )
للغرماء ( باعتاقه ) العبد ( المأذون ) حال كونه ( مديونا الاقل من قيمته )
اى العبد ( ومن الدين ) اى ان كانت قيمة المأذون اقل من الدين ضمن سيده
للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين
لان حق الغرماء ليس الا فيه وقد وصلوا اليه وصار هذا كما اعتق الراهن
المرهون ( وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا ) اى للغرماء ان يطالبوه
بعد عتقه لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة
فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعى يؤخذ من كسبه
والا طولب بعد عتقه قيل الغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المعتق بالدين وان شاؤا
اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين ( وان باعه ) المولى ( وهو ) اى العبد
المأذون ( مديون مستغرق ) رقبته ( وغيبه مشتريه ) اى جعله المشترى بعد
قبضه غائبا ( فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه ) اى ان شاء الغرماء اجازوا البيع
واخذوا ثمن المبيع لا يضمنون احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة
كالاذن السابق ( او تضمين اى شاؤا من السيد والمشترى قيمته ) اى قيمة العبد
لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا
على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضى المولى دينهم ( وان ضمنوا
السيد ) اى ان اختاروا تضمين قيمته اياه ( ثم رد عليه ) اى رد المشترى العبد
على البائع قضاء ( بعيب ) اى بسبب عيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته ( رجع )
المولى ( عليهم ) اى على الغرماء ( بالقيمة وعاد حقهم ) اى الغرماء
( فى العبد ) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا اذا رده عليه
قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه
بخيار الرؤية او الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء
على العبد ولا المولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما
وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية ( وان باعه ) المولى
( و ) الحال انه قد ( اعلم ) المشترى ( بكونه مديونا فللغرماء رد البيع
ان لم يصل ثمنه اليهم ) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء
من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع
تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه ( وان وصل ) ثمنه ( اليهم ولا محاباة

فى البيع فلا ) اى فليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لايفى بدينهم فاما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم ( فان غاب البايع ) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى ( فالمشترى ليس خصما لهم ان انكر ) المشترى ( الدين ) عند الطرفين ( وعند ابى يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين ) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له واما اذا كان البايع حاضرا والمشترى غائب فالحكم كذلك اجماعا ( ومن قال ) عند قدومه مصرا ( انا عبد فلان فاشترى وباع ) ساكتا عن اذنه وحجره اوغير ساكت ( فحكمه كالمأذون ) بناء على ان امور المسلمين محمولة على الصلاح والجواز الابالاذن فوجب ان يحمل عليه مع ان العمل بالظاهر الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس اولان تصرفه واقدامه عليه كالحر دليل الاذن ( الاانه لايباع فى الدين ) لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن لان المدبر المأذون اذا لحقه الدين لايباع رقبته اذ الدين لم يظهر فى حق المولى لان الغرور والضرر ليس من جانبه فيطالب الدين من العبد بعد عتقه ( مالم يقر سيده باذنه ) يعنى اذا حضر المولى واقر باذنه اواثبت الغريم اذنه على وجه المولى فيباع العبد المأذون

( فصل )

فى بيان حكم الصبى والمعتوه ( تصرف الصبى ان نفع ) بلاضرر اصلا ( كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن ) اى بلا توقف على اذن الولى لكونه اهلا ولو على القصور ( وان ضر ) اى ان كان تصرفه ضارا ( كالطلاق والاعتاق فلا ) يصح ( ولو ) وصلية ( باذن ) لانعدام الشرط فيه وهو الاهلية الكاملة ( وان احتملهما ) اى النفع والضر ( كالبيع والشراء صح بالاذن ) اى باذن الولى ( لابدونه ) اى الاذن علق باذن وليه دفعا للضرر بانضمام رأى الولى فى المتردد بينهما وعند الشافعى لايصح تصرفه باجازة الولى ولذا لايصح اسلامه ( فاذا اذن للصبى فى التجارة ابوه اوجده عند عدمه ) اى عدم الاب ( اووصى احدهما ) اى وصى الاب اوالجد

عند عدم وصى الاب والمراد منه الجد الصحيح ثم وصى الاب مقدم على الجد وترتيبه ابوه مادام حيا حاضرا وبعد موته وصيه المختار ثم وصى وصيه كذا في القهستاني ثم جده هو ابو الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه (او القاضى) اى ثم القاضى او من يقوم مقامه دون الام ووصيها وصاحب الشرط (فحكمه) اى حكم هذا الصبى (حكم العبد المأذون) في جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة ويكون مأذونا بسكوت الولى حين يراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما في يده من كسبه وعند ويبيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما (بشرط ان يعقل ان البيع سالبا للملك والشراء جالبا له) اى للملك وزاد الزيلعى عليه وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (ولو اقر) الصبى (المأذون) بالتجارة من قبل الولى (بما في يده من كسبه) من دين او عين او غيره لانه من تمام التجارة ولو لم يصح لا يعامله الناس (وارثه) اى بما ورث عن ابيه او غيره (صح) اقراره في ظاهر الرواية لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ (وعن الامام انه لا يصح في الارث) لان الحاجة في صحة الاقرار بما فيه الحاجة اليه في التجارة ولا حاجة في الموروث (والمعتوه) الذى يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى) في جميع الاحكام وفي التبيين تفصيل فليراجع (وصح اذن الوصى او القاضى لعبد اليتيم) لانهما تصرفا في مال اليتيم والاذن منه

( كتاب الغصب )

وكان المناسب ايراده او كتاب الحجر لما بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضه ان ايراد المأذون بعد الحجر ادخل في المناسبة لما تقرر من انه ضد الحجر فاورده بعده كان الغصب هو في اللغة اخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه لا يتقوم يقال غصبه منه وغصبته عليه وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وفي الشرع (هو) اى الغصب (ازالة اليد المحقة) اى التي لها حق (باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية وهذه القيود لا بد منها لان قولنا في مال عن الله حبس لكونه شاملا مع انه احتراز عن ميتة وحر وقولنا متقوم احتراز عن خمر مسلم وقولنا محترم احتراز عن مال الحربى وقولنا قابل للنقل احتراز عن العقار فان غصبه غير متصور خلافا لمحمد وعنده الغصب تفويت يد المالك لا غير وعند الائمة الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير وفائدة الخلاف في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا وعندهم مضمونة

وقولنا بغير اذن مالكه احتراز عن اخذه من يد المالك باذنه كالوديعة وقولنا لا بخفية احتراز عن السرقة ثم اشار الى الخلاف بقوله ( فاستخدام العبد ) اى عبد الغير ( بغير اذنه وحمل الدابة ) اى دابة الغير بغير اذنه ( غصب ) لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما ( لا الجلوس على البساط ) لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه اذ البسط فعل المالك وقد بقى اثر فعله فى الاستعمال فلم يكن اخذا وعند الائمة الثلثة الجلوس ايضا غصب ( وحكمه ) اى الغصب ( الاثم ان علم ) انه مال الغير وان ذلك الفعل غصب واقدم عليه اما ان ظن انه ماله فالضمان ولا اثم اذ الخطأ مرفوع ( ووجوب رد عينه ) اى عين المغصوب ( فى مكان غصبه ) الغاصب اياها لاختلاف القيم باختلاف الاماكن ( ان كانت ) العين ( قائمة ) بقوله صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اى يجب على اليد الغاصب رد ما اخذت حتى ترد فاذا ردت سقط وجوب الرد ( والضمان ان هلكت ) اى العين سواء علم او لم يعلم وسواء هلك او اهلك لانه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده ( ففى المثلى ) وهو ما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت معتد به كما فى اكثر الكتب لكن يشكل بنحو التراب والصابون فانه قيمى ( كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب ) اى ما لا تفاوت احاده فى القيمة ( يجب مثله ) لان هذا الواجب ضمان جبر والجبر انما يتحقق بايجاب المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه اعدل واكمل ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد القيمة ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى كما فى شرح الكنز للعينى ( فان انقطع المثل ) عن ايدى الناس ( يجب قيمته يوم الخصومة ) والقضاء عند الامام لان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى فصار اصلا فى ضمان العدوان وقاصر وهو المثل معنى هو القيمة وضمان القاصر لا يكون معتبرا وعامة الكمال الاصل لكونه خلفا عنه ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء ولذا لو صبر المالك الى مجيء اوانه كان له ان يطالب بالمثل الكامل وبه قال مالك واكثر الشافعية وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التحفة ( وعند ابى يوسف يوم الغصب ) لان سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وفى القهستانى هو اعدل الاقوال كما قال صدر الشريعة وهو المختار على ما قال صاحب النهاية ( وعند محمد يوم الانقطاع ) لانه صار الآن كالذى لا مثل له وبه قال احمد

وعند الشافعية وبه افتى كثير من المشايخ كما في القهستاني وفيه كلام لان يوم
الانقطاع حسن قول محمد لا ينضبط (وفي القيمي كالعددي المتفاوت) كالثياب
والدواب والمثلي المخلوط بخلاف جنسه (نحو البر المخلوط بالشعير) والموزون
الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية فعدله
بالدراهم نسبة الى اصله كالقمقم والقدور والاباريق (تجب قيمته يوم الغصب
اجماعا) لانه لا مثل له لان الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى
وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الامكان وقال مالك يضمن مثله صورة وفي الاصح
كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك لا يضمن بقيمته في ذلك الوقت كسفينة
موقورة احدث في الغرق والقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون في الماء يضمن
قيمتها ساعتئذ وفي الصغرى صب ماء في طعام فافسده وزاد في كيله فله
ان يضمنه قيمة الحنطة قبل ان صب الماء فيه وليس له ان يضمنه طعاما مثله هذا
اذا لم ينقله الى مكان وان نقله يضمن المثل لانه صار غصبا وهو مثلي يجب عليه
المثل بخلاف ما لو صب الماء في موضع الذي فيه الحنطة من غير نقل (فان ادعى)
الغاصب (الهلاك) اي هلاك المغصوب (حبس) ذلك الغاصب اذا لم يرض
المالك بالقيمة فانه مصر بالغصب فاما ان كثر اقام عليه بينة والصحيح انه تقبل
البينة في حق الحبس كما في القهستاني (حتى يعلم) ويظن بمضي مدة
موكولة الى رأي القاضي (انه) اي المغصوب (لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي)
اي يقضي الحاكم (عليه) اي على الغاصب (بالبدل) اي بدل المغصوب
اي بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي وفي السنور ولو ادعى الغاصب الهلاك عند
صاحبه بعد الرد وادعى المالك الهلاك عند الغاصب واقاما البرهان فبرهان
الغاصب اولى هذا عند محمد وعند ابي يوسف بينة المالك اولى وفي المنح الغاصب
المودع المعتدي اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته
كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه
يحلف على دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه حكم الناكل يحكم عليه
بعد العرض ثلاثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول
الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فان لم يبين يحلف على
ما يدعي المغصوب منه من الزيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا ان قيمة
ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فاذا اخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار
ان شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة
(والغصب انما هو فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور
في المنقول ثم فرع عليه قوله (فلو غصب عقارا) هو ما له اصل وقرار

كالضيعة والدار ( فهلك في يده ) بان غلب السيل على الارض اوهدم البناء بآفة سماوية ( لا يضمن ) عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما مر ان الغصب ازالة اليد بفعل في العين وهو لا يتصور في العقار لان يد المالك تزول عنه باخراجه وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا ابعد المالك عن المواشي حتى تلف لا يضمن لان منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا في المواشي ( خلافا لمحمد ) فان عنده يجري الغصب في العقار لان ازالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل وبقوله قال ابو يوسف اولا وزفر وهو قول الائمة الثلثة وبه يفتى في الوقف كما في شرح الكنز للعيني وغيره وفي المنح الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وقال الاسروشني وعماد الدين في فصوله والاصح انه اي العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة اي اذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بان شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا ( وما نقص منه ) اي من العقار ( بفعله كسكناه ) اي سكنى الغاصب في الدار المغصوبة ( وزرعه ) في الارض المغصوبة ( ضمنه ) اي النقصان بالاجماع كما في النقلي لان ذلك اتلاف واهلاك والعقار يضمن به ولا يشترط لضمان الاتلاف في يده قيل في تفسير النقصان انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده وقيل بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما من النقصان وقال العيني وغيره وهو الاقيس ( ويأخذ ) الغاصب ( رأس ماله ) وهو البذر وما غرم من النقصان وما نفق على الزرع ( ويتصدق بالفضل ) عند الطرفين حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقي ( وعند ابي يوسف لا يتصدق به ) اي بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بالضمان ولهما انه صار ملكا له ملكا خبيثا وحراما لخبث السبب وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق ( وكذا لو ستغل العبد المغصوب ) اي لو آجر العبد المغصوب واخذ غلته ( فنقصه الاستغلال اوآجر ) المستعير ( المستعار ونقص يضمن النقصان ) لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزائه كلا اوبعضا ( وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به ) عند الطرفين ( خلافا له ) اي لابي يوسف لما ذكرنا آنفا ( وان تصرف في الغصب اوالوديعة فربح وهما تعينان بالتعيين ) كالعروض ونحوها ( تصدق بالربح ) ولا يطيب له عند الطرفين ( خلافا له ) اي لابي يوسف ( ايضا ) اي كخلافه في المسئلة التي قبلها ( وان كانا )

اى المغصوب اوالوديعة (لا يتعينان) كالنقدين فقد قال الكرخى على اربعة اوجه ذكرها المص بقوله (فان اشار) المتصرف (اليهما) اى الى دراهم الغصب اوالوديعة (ونقدهما فكذلك) لايطيب له الربح ويتصدق به عندهما خلافاله (وان اشار الى غيرهما ونقدهما) اى دراهم الغصب اوالوديعة (اواشار اليهما ونقد غيرهما اواطلق) اطلاقا ولم يشر اليهما ولاالى غيرهما بل قال اشتريت بدرهم (و) لكن (نقدهما) اى دراهم الغصب اوالوديعة (طاب له الربح اتفاقا قيل وبه) اى بعدم الطيب فى الاولى وبالطيب فى الصور الثلث الباقية (يفتى) قاله صاحب الوقاية موافقا لما فى المحيط حيث قال القوى تحلى قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس فى هذا الزمان وهذا قول الصدر الشهيد وفى الدرر وبه كان يفتى الامام ابوالليث (والمختار) عند مشايخنا (انه لايطيب مطلقا) يعنى فى الصور كلها الاطلاق المبسوط والجامعين (ولو اشترى بالف الغصب اوالوديعة جارية تعدل الفين فوهبها اوطعاما فاكله لايتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس كما فى الهداية

## ( فصل )

وان غير ماغصبه) بالتصرف فيه احتراز عما اذا تغير بغير فعله بان صار العنب مثلا زبيبا بنفسه اوالرطب تمرا فالمالك مخير ان شاء يأخذه وان شاء يتركه ويضمنه (فزال) بذلك التغير (اسمه) اى اسم المغصوب احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فقط فان مالك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذلم يزل اسمها بحيث يقال شاة مذبوحة لكن اورد على ذلك بقولهم شاة حيوية مع انها تخالف المذبوحة فى الحكم (واعظم منافعه) اى اكثر مقاصده احتراز عن دراهم فسكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن بقى اعظم منافعه ولذا لاينقطع حق المالك منه كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن اسم المنافع كما فى القهستانى فعلى هذا ان ماقال صاحب الدرر من انه لم يقل اعظم منافعه لان من قاله قصد تناوله الحنطة اذاغصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها يزول بالطحن ولاحاجة اليه لان قوله زال اسمه مغن عنه لانه المراد ليس بسديد بل هوعدم اطلاع على ماقررنا نقلا عن المحيط وغيره تدبر (ضمنه) اى الغاصب المغصوب (وملكه) بتقرر الضمان على الغاصب كماهو المتبادر واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين ان سبب الملك الغصب عنداداء الضمان فلواتى المالك عن اخذ القيمة واراداخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية لكن حكى عن الامام مفتى الثقلين ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب اصحابنا انه لايملك الاعند تراضى الخصمين بالضمان اوقضاء القاضى به

اواداء البدل كما في القهستاني نقلا عن الذخيرة وعند الشافعي في القول الاظهر لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمن النقصان عنده في الاموال الربوية وعند الشافعي يضمنه (ولا يحل انتفاعه) اي انتفاع الغاصب (به) اي بالمغصوب المغير (قبل اداء الضمان) استحسانا والقياس الحل وهو رواية عن الامام وقول الحسن وقول زفر لان ملكه ثبت بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو وهبه اوباعه صح وجه الاستحسان ان في اباحة الانتفاع به قبل الاداء فتح باب الغصب فيحرم الانتفاع لكن جاز للغاصب بيعه وهبته لانه مملوك له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد (كشاة ذبحها وطبخها اوشواها اوقطعها او بطحنه اوزرعه ودقيق خبزه وعنب اوزيتون عصره) قيد للعنب والزيتون (وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوي ينبت ببلاد الهند وهي من اشجار الاشجار ويستعمل في بناء الدور وابوابها واساسها واما اذا بني عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة (اولبنة بنى عليها) وهذه الاشياء تمثيلات للاعيان المغصوبة المتغيرة بفعل الغاصب تغيرها ظاهر فيما عدا الساجة واما تغيرها فيها فلانها كانت نقلية والان صارت من العقار ولذا استحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ومتغيرا من وجه والتغير يوجب انقطاع حق المالك وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا خلافا للشافعي وهو يضمنه النقصان وفي الذخيرة انما يزول الملك عن الساجة اذا كانت قيمتها اقل من قيمة البناء واما اذا كانت اكثر منها فلا تزول عن ملكه كما في شرح المجمع (وان جعل الفضة اوالذهب دراهم اودنانير او) جعل الفضة اوالذهب (آنية لا يملكه) اي المجعول (وهو لمالكه بلا شيء) في مقابلة الجعل عند الامام لان الجودة والصنعة في الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لا قيمة لها ولهذا لو غصب حليا فكسره ثم رده الى مالكه لا يضمن (وعندهما يملكه الغاصب وعليه) اي على الغاصب (مثله) اي مثل الذهب والفضة لتبدل الاسم بالصنعة (فان ذبح) الغاصب (الشاة) بغير اذنه (فالمالك) يخير (ان شاء طرحها) اي الشاة (عليه) اي على الغاصب (وضمنه قيمتها) اي الشاة المذبوحة (اواخذها) اي الشاة (وضمنه نقصانها) اي الشاة بذبحها لوجود نقصان بعض منافعها كالدر والنسل دون بعض اذ لحمها منتفع به وروى الحسن عن الامام انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظاهر (وكذا لو قطع يدها) اي الشاة لان قطع اليد اوالرجل كالذبح في الحكم فله الخيار المذكور في الذبح (اوقطع طرف

دابة غيرما كولة ) وظاهر كلام المصنف انه يخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها
وتركها له وبين تضمين نقصانها لكن ما في اكثر الكتب المعتبرات يخالف ظاهره
لانهم قالوا لو كانت الدابة غير ما كولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها
لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته
مع اخذه انتهى وفي الفرائد تفصيل وحاصله ان العلماء اختلفوا ففرق بعضهم
بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم كما في الهداية وتنوير الفتاوى وشروح
الكنز والدرر وغيرها وبعضهم سوى بينهما والمصنف اختار التسوية بينهما
فلهذا قال او قطع طرف دابة غيرما كولة عطفا على ما قبله انتهى لكن
التسوية على قول محمد فقط لما في الخانية ولو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان
في قول الامام ولكن يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد ان ذبح حمار غيره فللمالك
ان يمسك الحمار ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح
وان قطع قبلا فليس له ان يضمنه النقصان وقال محمد ان كان له قيمة بعد قطع
اليد والرجل فان شاء ضمنه جميع القيمة وان شاء امسك الدابة ويضمن النقصان
والاعتماد على قول الامام انتهى فعلى هذا ان ما قال صاحب الفرائد ليس
بشيء بل الصواب ان يقال ان مراد المص من قطع طرف دابة غيرما كولة
الدابة التي يمكن الانتفاع بما بقي قيمته لما في النهاية نقلا عن النوادر اذا قطع
اذن الدابة او ذنبها يضمن النقصان فلهذا قال من قطع طرف دابة غيرما كولة
ولم يقل يد دابة او رجلها وكذا يضمن النقصان او قال صاحب الدابة انى اضمنه
النقصان واسلم الجلد اليه ان كان لجلدها ثمن تدبر ( او خرق الثوب ) اى يخير
ايضا او خرق ثوب الغير ( خرقا فاحشا يفوت ) الجملة صفة خرقا ( بعض
العين وبعض نفعه ) لا كله لانه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة هذا تفسير
الخرق الفاحش على الصحيح وفي التبيين والصحيح ان الفاحش ما يفوت به
بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير
ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة وفي النهاية
ان الفاحش هو المستأصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب
في شرائه وعزاه الى الحلواني قلت وفي المجتبى والصحيح ما حده محمد له وهو
ان يفوت بعض العين وجنس من منافعه ويبقى بعض العين وبعض المنفعة
وقيل يرجع في ذلك الى الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا
فيسير والكل في المنح ( وفي ) خرق يسير ( نقصه ) اى نقص الخرق الثوب
والجملة صفة يسير ( ولم يفوت شيئا من النفع يضمن ) الخارق ( نقصانه )
يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب

فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان ( ولو بنى رجل فى ارض غيره او غرس ) فيها شجرا ( امر ) البانى والغارس ( بالقلع ) فى ظاهر الرواية ( وارد ) اى رد الارض الى المالك لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اى لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله هذا اذا كانت الارض لا تنقص بالقلع ( وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان يضمن له ) اى للغاصب ( قيمتهما ) اى قيمة البناء والغرس ( مأمورا بقلعهما ) لان فيه دفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع ثم بين طريق معرفة قيمتهما بقوله ( فتقوم الارض بلا شجر او بناء ) بمائة مثلا ( وتقوم مع احدهما ) بمائة وعشرة حال كونه ( مستحق القلع ) فتنقص اجرة القلع هى درهم فيبقى مائة وتسعة دراهم ( فيضمن ) المالك ( الفضل ) هو التسعة قال المشايخ هذا اذا كانت قيمة البناء او الغرس اقل من قيمة الارض واما اذا كانت قيمة البناء او الغرس اكثر من قيمة الارض فلا يقال للغاصب اقلع البناء او الغرس ورد الارض بل يضمن قيمة الارض فيملكهما بالضمان وبه يفتى بعض المتأخرين لكن ظاهر الرواية ما ذكر فى المتن وبه يفتى البعض فى زماننا سدا لباب الظلم هذا اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا وفى التبيين وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولا يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل او ادخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه ( وان صبغ ) الغاصب ( الثوب ) الذى غصبه ( احمر او اصفر او لت السويق ) الذى غصبه ( بسمن فالمالك ) بالخيار ( ان شاء ضمنه ) اى الغاصب ( قيمة ثوبه ) حال كونه ( ابيض ) اى اخذ قيمة ثوب ابيض لانه متلف من وجه ( و ) ضمنه ( مثل سويقه ) لكونه مثليا وترك ما غصبه الغاصب له ( او اخذهما ) اى ان شاء اخذ الثوب والسويق ( وضمن ما زاد الصبغ والسمن ) فى الثوب والسويق لان الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه وصبغه لا يسقط حرمة ماله ويجب صيانتهما ما امكن وذا فى ايصال معنى مال احدهما اليه وايفاء حق الآخر فى عين ماله وهو فيما قلنا من التخيير الا انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب صاحب وصف كما فى الدرر وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان ( وان صبغه ) اى الثوب ( اسود ضمنه ) اى المالك ( قيمته ابيض او اخذه بلا رد شئ لانه ) اى الصبغ بالسواد ( نقص ) عند الامام ( وعندهما الاسود

كفره وهو) اي الاختلاف بين الامام وبينهما اختلاف زمان فان بني امية في زمانه كانوا يمنعون عن لبس السواد وفي زمانهما تغير الحال كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهده وفي التنوير رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الاول يبرأ من ضمانه كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب فادى القيمة الى الغاصب اذا كان قبضه القيمة معروفا غصب شيئا ثم غصبه آخر منه فاراد المالك ان يأخذ بعض الضمان من الاول وبعضه من الثاني له ذلك الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرأ من الضمان كسر الغاصب الحطب فاحشا لا يملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع

## ( فصل )

في بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب (وان غيب ما غصبه) اي ان جعل الغاصب المغصوب غائبا (وضمن قيمته) للمالك (ملكه) اي الغاصب المغصوب ان كان قابلا للنقل من ملك الى ملك هذا عندنا لان المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب المبدل والا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولا توجد المعادلة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للمعادلة بينهما ودفعا للضرر حتى لو كان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه باداء الضمان عندنا وقال الشافعي لا يملكه الغاصب لان الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك (مستندا الى وقت الغصب) وكل شيء ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب وعن هذا قال (وتسلم له الاكساب) للتبعية (دون الاولاد) لان تبعيتهم فوق تبعية الاكساب الا يرى ان ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون اكسابهما مدبرا ومكاتبا (والقول في القيمة) عند اختلافهما (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (ان لم يبرهن مالكه على الزيادة) التي ادعاها فان اقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ لان المالك اثبته بالحجة الملزمة وفيه اشارة بانه لو لم يقم واقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح كما في النهاية وغيرها

وفى الام الغاصب اوالمودع المتعدى اذاقال لااعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لايصدقه ولايقر بشئ من القيمة ويقول لااعرف قيمته فانه يحلف على دعوى المدعى فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر اوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ام لا الاصح عدم الاشتراط قال محمد فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجئ بها ويردها على صاحبها وتمامه فى العناية فليراجع (فان ظهر) المغصوب الغائب (وقيمته اكثر) اى حال كون قيمته اكثر مما ضمن الغاصب به (و) الحال انه (قد ضمنه الغاصب (بقول المالك او ببرهانه او بالنكول) اى نكول الغاصب عن اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب ولاخيار للمالك) لانه رضى به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع غاصب ضمن القيمة بعد بيعه (وان ضمنه) الغاصب (بقوله) اى بقول الغاصب مع يمينه (فالمالك) بالخيار (ان شاء امضى الضمان) اى اجاز ضمانه بان رضى بالبدل وترك المغصوب فى يد الغاصب (او) ان شاء (اخذه) اى المغصوب الظاهر من الغاصب (ورد عوضه) الذى اخذه من الغاصب لانه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعائه الزيادة فيصير اخذه لضرورته عن اقامة البينة قال العينى وغيره ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ماضمنه اواقل فى هذه الصورة وهى مااذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى لاخيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر) اى لو اقام الغاصب البينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام المالك بينة على انه هلك عند الغاصب (فبينة الغاصب اولى) عند محمد لان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته لكن الغاصب يدعى زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون اولى وفى المجمع وهذا ظاهر المذهب (خلافا لابى يوسف) فان عنده بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الامام شئ وفى الجواهر ولو شهدوا ان الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات فى يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروى عن محمد فى الاملاء ان البينة بينة الغاصب ولو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد احدهما انه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على اقراره بالغصب لم تقبل (ومن غصب عبدا فباعه) اى الغاصب المغصوب (فضمنه)

المالك قيمته (نفذ بيعه) اى بيع الغاصب (وان اعتق فضمنه) بعده (لا ينفذ
عتقه) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا كاملا وهو يكفى لنفاذ
البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه
(وزوائد المغصوب غير مضمونة مالم يتعد) الغاصب (فيها) اى فى الزوائد
(او يمنعها) بعد طلب المالك اياها) اى الزوائد (سواء كانت متصلة كالحسن
والسمن او منفصلة كالولد والثمر) لانها امانة وحكمها هذا وقال الشافعى عليه
الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما مر هو اثبات اليد المبطلة فيتحقق عنده
ولنا ان سبب الضمان اخراج العين من ان تكون منتفعا بها فى حق المالك ولم يوجد
الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب
لانه صار مزيلا لاهلية المالك يدا تصرفا والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب
الوقف فانها تضمن وعليه الفتوى كما فى القهستانى نقلا عن العمادى
(وان نقصت الجارية بالولادة فى يد الغاصب) اى اذا ولدت الجارية المغصوبة
التى حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة (ضمن) الغاصب (نقصانها)
اى الجارية (و) لكن (يجبر) النقصان (بقيمة الولد) قال زفر والشافعى
لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة
الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه الضمان
ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من
مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى
الضمان (او) يجبر (بالغرة) لانها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها
بدلا عنه (ان وفت) قيد لقيمة الولد والغرة (بها) اى يجبر النقصان بقيمة
الولد ان كان فى قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط
بحسابه وكذا يجبر النقصان بالغرة ان فيها وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب
وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضا (وان زنى) الغاصب (بامة غصبها) فحبلت
(فردها) اى الامة (حاملا فولدت فماتت) عند المالك (بها) اى بسبب
الولادة فى نفاسها (ضمن) الغاصب (قيمتها يوم علوقها) عند الامام لان
ما انعقد فيها من العلوق هو سبب التلف فلا يوجد الرد بعد ذلك على الوجه الذى
غصبها كما اذا جنت فى يد الغاصب وقتلت فى يد المالك (بخلاف الحرة) يعنى
اواخذها مكرهة فزنى بها فردها حاملا فولدت وماتت لا يضمن الغاصب
ديتها لان الحرة لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد
الرد (وعندهما لا يضمن فى الامة ايضا) اى كالحرة بل يضمن نقصان الحبل وهو
قول الائمة الثلاثة لان سبب التلف هو الولادة فى يد المالك بعد صحة الرد

من الغاصب لان العيب لايمنع صحة الرد ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ( ولو ردها محمومة ) اى لو غصب امة فحمت ثم ردها محمومة ( فماتت لايضمن ) الغاصب الا نقصان الحمى اتفاقا كما فى البزازية وغيرها لان الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه قدر ما كان عنده دون الزيادة وفى الجواهر اذا غصب صبيا حرا من اهله فمرض ومات فى يده فلا ضمان عليه وكذا اذا اصابه شئ من آفة السماء ولو عقره سبع او نهشته حية فالغاصب ضامن وفى نسخة فعلى عاقلة الغاصب الدية ( وكذا لو زنت ) الامة المغصوبة ( عنده ) اى عند الغاصب ( فردها ) اى الامة ( فجلدت ) فى يد المالك ( فماتت منه ) اى من الجلد لايضمن الغاصب الا نقصان الزنا لانه الحاصل عنده لا سبب الموت وهو الجلد ( ولا يضمن ) الغاصب ( منافع ما غصبه سواء سكنه ) اى فيما غصبه ( او عطله ) اى جعله معطلا هذا عندنا وعند الشافعى واحمد يضمن فيجب اجر المثل لانها مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان وعند مالك يضمن بالاجر فى السكون لا فى التعطيل ولنا ان عمر وعليا رضى الله تعالى عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع الاولاد ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه بوجوبه عليهما ولعدم المماثلة بين المنافع والدراهم لانعدام البقاء فى المنافع فلا يكون تقومها الذاتها بل الضرورة عند ورود العقد ولا عقد هنا واما اذا انتقص بالاستعمال فيضمن لاستهلاكه بعض اجزاء العين ( الا فى الوقف ) وكذا فى مال اليتيم والمعد للاستغلال ذكر صدر القضاة ويصير الدار معدة للاستيجار اذا بناها لذلك او اشتراها لذلك او تواجر ثلث سنين على الولاء ويشترط علم المستعمل بكونها معدة حتى يجب الاجر واستثنى صاحب المنح فقال الا اذا سكنها بتأويل ملك او عقد يعنى منافع المعد للاستغلال مضمونة فى كل الاحوال الا فيما ذكر من السكنى بتأويل ملك وعقد كبيت سكنه احد الشريكين اما فى الوقف اذا سكنه احدهما بالغلبة بدون اذن الآخر سواء كان موقوفا للسكنى او للاستغلال فانه لايجب الاجر واما السكنى بتأويل العقد لما تقدم عن القنية من سكنى المرتهن بتأويل عقد الراهن انتهى ( ولا يضمن ايضا ( خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف ) سواء كان المتلف مسلما او ذميا لعدم تقومهما فى حق المسلم والعبرة لجنب المتلف عليه دون المتلف ( وضمن ) المتلف ( القيمة فيهما لو كانا ) اى الخمر والخنزير ( للذمى )

لانهما مال فى حقهم وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون وعند الشافعى لا يضمن
لعدم التقوم ايضا فى حق الذمى لكونه تابعا فى الاحكام لنا ( وان اتلف
ذمى خمر ذمى ضمن مثلها ) لقدرته عليه ولو اسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها
فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان بالاسلام مبرئا له عما كان
فى ذمته من الخمر وكذا لو اسلما او اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب
بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن الامام وقال محمد يجب
عليه قيمة الخمر وهو رواية عن الامام ايضا وفى الدرر بخلاف ما اشتراها
اى الخمر من الذمى ونحوه فلا ضمان عليه ( ولا ضمان باتلاف الميتة ولو )
كان الميت ( لذمى ) لان احدا لا يعتقد تمولها ( ولا ) ضمان ( باتلاف متروك التسمية
عمدا ولو ) كان ( لمن يبيحه ) من المسلمين لان احلال متروك التسمية مخالف
لنص الكتاب والخصم مؤمن به فثبت ولاية المحاجة فلا يجب على متلفه
الضمان ولا على من اشتراه بالثمن ولا يرده صحيحا ( وان غصب خمر مسلم فخللها )
اى صيرها خلا ( بما لا قيمة له ) كالنقل من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس
( اخذها المالك بلا شئ ) لان التخليل بما ذكر تطهير لها بمنزلة غسل الثوب
النجس فلا يوجب المالية فبقى على ملك المغصوب منه ( فان اتلفها ) اى الخمر
التى تصير خلا ( الغاصب ) قبل ان يردها الى المالك ( ضمنها ) لان المغصوب
واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه ( لا ) يضمن
( ان تلفت بلا صنعه ) لانه لم يوجد منه التفويت ( وان خلل ) الغاصب الخمر
( بالقاء ملح ) ذى قيمة ونحوه ( ملكها ) اى الخمر التى تصير خلا ( ولا شئ
للمالك ( عليه ) اى الغاصب عند الامام لان الخمر لم تكن متقومة والملح مثلا
متقوم فترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شئ ( وعندهما يأخذها المالك
ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل ) هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مائعا
لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما ( فان اتلفها الغاصب
لا يضمن ) عند الامام ( خلافا لهما ) لما يأتى فى دبغ الجلد ( وان خللها بالقاء
خل ملكها ولا شئ للمالك عند الامام ) ولو بمرور الزمان لانه استهلاك الخمر
الغير المتقومة فى حق المسلم كاراقتها والخلط استهلاك عنده ( وكذا )
ملكها الغاصب ولا شئ للمالك ( عند محمد ان تخللت من ساعتها ) لانه
استهلاك ( والا ) اى وان لم يتخلل من ساعتها بل بعد زمان ( فالخل بينهما
على قدر ملكهما ) وفى التبيين وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال
الامام وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه
لم يتملك الخمر فيصير فى التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك

عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيهما انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان اجماعا كما في النهاية انتهى ( وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له ) كالتراب والشمس (اخذه المالك بلا شيء ) اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب وكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم فصارت كغسل الثوب (فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا اتفاقا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ( وان دبغه ) اى الغاصب الجلد المصبوغ ( بماله قيمة ) كالعفص والقرظ ( يأخذه المالك ويرد مازاد الدبغ ) لانه بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم فيأخذ الجلد ويعطي مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته ماذكره بقوله ( بان يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد المالك الى الغاصب (فضل ما بينهما ) كما في الثوب المصبوغ وللغاصب ان يحبسه ) اى الجلد (حتى يستوفي حقه ) لان فعل الغاصب متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل ( وان اتلفه ) اى الغاصب الجلد المدبوغ بماله قيمة (لا يضمن ) عند الامام لان تقوم الجلد المذكور قد حصل بمال الغاصب وصنعه فقام حقه فيه ولذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي مازاده الدباغ لما مر ان صنعته متقومة لانفاقه فيه مالا متقوما فصار الجلد تابعا لها في حق التقوم لانه لم يكن متقوما قبل الدباغة ثم الاصل وهو الصنعة او المال غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع غير مضمون من غير صنعة وفي الباقاني على صدر الشريعة في هذا المحل كلام لكن دفعه ابن الشيخ في شرح الوقاية فليراجع ( وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر مازاد الدبغ ) لانه استهلك مالا متقوما للمالك فعليه الضمان ( ولو تلف لا يضمن اتفاقا ) لعدم صنعه ( ومن كسر لمسلم بربطا وطبلا او مزمارا اودفا او اراق له ) اى لمسلم ( سكرا ) بفتحتين اسم للنيء من ماء الرطب اذا غلا واشتد ( او منصفا ) هو ماذهب نصفه بالطبخ وغلا واشتد (ضمن قيمته صالحا لغير اللهو ففي البربط يضمن الخشب ) الصالح للاستعمال وكذا الباقي وفي سكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره ( ويصح بيع هذه الاشياء ) عند الامام لانها اموال

لتسلاحيها لما يحل به الانتفاع وان صلحت لاعمال فصار كالاسد الافتية والحمامة الطيارة. ( وقالا لايضمن ولايجوز بيعها ) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها وبقولهما قالت الائمة الثلاثة ( وعليه الفتوى ) لفساد الزمان فيما بين الناس حتى ذكر الصدر الشهيد ان البيت يهدم على من اعتاد الفسق وانواع الفساد وانه لاباس بالهجوم على بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد على من اعتاد الفسق وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة او طبل الحاج او طبل القيصد او الدف الذي يباح ضربه في العرس اوبلعب به الصبية في البيت فيضمن بالاتفاق بالاتلاف كما في شرح الكنز للعيني ( ومن غصب مدبرة فماتت في يده ) اي الغاصب ( ضمن ) الغاصب ( قيمتها ) بالاتفاق لتقومها وكذا الحكم لو غصب مدبرا فلافائدة في التخصيص سوى التوطئة والمناسبة لقوله ( ولو غصب ام ولد فماتت في يده ( فلاضمان ) عليه عند الامام لعدم تقومها عنده. ( خلافا لهما ) فان عندهما يضمن قيمتها لتقومها عندهما وبقولهما قالت الائمة الثلاثة ( ولو شق الزق لاراقة الخمر ) التي فيه ( لايضمنه عند ابي يوسف ) لانه لايتيسر الاراقة الابالشق فيكون ماذونا فيه ( خلافا لمحمد ) هو يقول ان الاراقة ممكنة بدون الشق فيضمن الزق لانه مال متقوم ( ولاضمان على من حل قيد عبد غيره او ) حل ( رباط دابته ) اي دابة غيره ( او فتح اصطبلها ) اي اصطبل دابة الغير ( او ) فتح ( قفص طير ) غيره ( فذهب ) العبد اوالدابة اوالطير عقيب ذلك الفعل هذا عند الشيخين لانه تخلل بين فعله والتالف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطيور واختيارهم صحيح وتركهم منهم متصور والاختيار لاينعدم بانعدام العقل فيضاف التلف الى المباشر دون التسبب كما في الاختيار ( خلافا لمحمد في الدابة والطير ) لانه فرق بين ذي العقل وغيره ذكر هذا الخلاف صدر الشريعة والمفهوم من الشمني وغيره ان الخلاف في الطير لانه قال وعن محمد يضمن في الطير بنوا طار من فوره اومكث ساعة ثم طار لان الطائر مجبول على النفار فيد نا بالذهاب عقيب الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لايضمن عندنا وعند الشافعي خلافا لمحمد في رواية وفي الاختيار ذهبت دابة رجل ليلا اونهارا بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل لاضمان عليها لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر وان ارسلها ضمن رجل وجد في زرعه اوداره دابة فاخرجها فهلكت اواكلها الذئب لم يضمن لان له ولاية الاخراج وان ساقها بعد الاخراج ضمن ( ولا ) ضمان ( على من سعى الى السلطان بمن يؤذيه ولايندفع ) عنه ( الابالسعي )

والرفع اليه لان دفع الايذاء عن نفسه حقه فلا يلزم الضمان لما اخذه السلطان اما لو كان دفع الايذاء ممكنا بالاستغاثة فسعى اليه فيلزم الضمان ( او ) لاضمان للساعى ( بمن يفسق ولا يمتنع بنهيه ) اى الساعى لوجوب دفع المنكرات بما امكن ( ولا ) ضمان ( على من قال السلطان الذى قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا ) هذه الجملة مقول قول ( فغرمه شيئا ) لا يضمن الساعى لانتفاء التسبيب فى هذه الصور بتوسط فعل فاعل مختار ( وان كان عادته ) اى عادة السلطان ( ان يغرم البتة ضمن ) الساعى لوجود التسبيب ( وكذا ) ضمن الساعى ( لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له وبه ) اى بقول محمد ( يفتى ) لكثرة السعاة فى زماننا وعند الشيخين لا يضمن الساعى لما مر وفى التنوير ولو مات الساعى المسعى به ان يأخذ قدر الخسران من تركته ( ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ وان ) وصلية ( لم يعلمه ) اى وان لم يعلم الغاصب المالك انه طعامه لانه ضمن ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانيا وكذا فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه خلافا للشافعى وفى الغرر امر شخص عبد غيره بالاباق اوقال اقتل نفسك ففعل وجب على الآمر قيمته ولوقال له اتلف مال مولاك فاتلف لايضمن استعمل عبد الغير لنفسه وان لم يعلم انه عبد اوقال ذلك العبد انى حر ضمن قيمته ان هلك ولو استعمله لغيره لايضمن

---

## ( كتاب الشفعة )

---

تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضى الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح شيئا لتملك مال والشفعة لاتجرى الا فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه عدوانا ( هى ) اى الشفعة لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول من قولهم كان هذا الشئ وترا فشفعته باخراى جعلته زوجاله فهى فى الاصل اسم للملك المشفوع بملك ولم يسمع منها فعل ومن لغة الفقهاء باع الشفيع الدار التى يشفع بها اى تؤخذ بالشفعة كما فى القهستانى ومنه شفاعة النبى صلى الله تعالى عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفى الشرع ( تملك العقار ) وهو الضيعة وقيل ماله اصل من دار وضيعة وما فى حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء فانه من منقول لم تجب الشفعة فيه الا تبعية العقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها ( على مشتريه بما ) اى بالذى اى بالثمن الذى ( قام عليه ) اى على المشترى ( جبرا ) اى من حيث الجبر ومعناه اللغوى وهو موجود فيه مع زيادة اوصاف كالتملك وعلى وجه الجبر وقيل هى ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة او الجوار وهذا احسن كما فى شرح الكنز للعينى

وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب لاسيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء من الرد بخيار الرؤية والعيب ( وتجب ) اى تثبت ولاية الشفعة ( بعد البيع ) الصحيح او فاسد انقطع فيه حق المالك ( وتستقر بالاشهاد والطلب فى الحال ) حتى لو أخر ساعة قبل الاستقرار تبطل شفعته لان حقها ضعيف متزلزل ولابد من الطلب والاشهاد فى الحال فاذا اشهد استقر بعد ذلك لا تبطل بالتأخير ( وتملك بالاخذ قضاء او رضاء ) والصواب ان يقول وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء كما فى الغرر لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع من غير اخذ وحاصله انه يملك العقار المشفوع باحد الامرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى رضاء او بحكم الحاكم من غير اخذ كما فى اكثر المعتبرات فتأمل ( وانما تجب ) اى تثبت الشفعة ( للخليط ) وهو الشريك الذى لم يقاسم ( فى نفس المبيع ) وهذا بالاجماع ( فان لم يكن ) اى وان لم يوجد الخليط فى نفس المبيع ( او ) وجد ولكن ( سلم ) الشفعة ( فللخليط فى حق المبيع كالشرب ) بكسر الشين وهو الشريك الذى لم يخالط ( والطريق الخاص ) ثم فسر ذلك بقوله ( كنهر لا تجرى فيه السفن ) اى اصغر النهر مثال للشرب الخاص ( وطريق لا ينفذ ) مثال الطريق الخاص حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة والنهر العام عند الطرفين ما تجرى فيه السفن كدجلة وفرات وذكر شيخ الاسلام اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضى ولا يكون له منفذ والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة او مائة او اربعين او عشرة وعن ابى يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى رأى كل مجتهد فى زمانه وهو اشبه الاقاويل ( ثم ) تثبت بعد الطريق ( للجار الملاصق ) اى لجار له عقار واحترز به عما يكون وقفا او اجارة او وديعة لانها لا تثبت فيها الا فى التجريد لا شفعة فى الوقف ولا بجواره ( وان بابه فى سكة اخرى ) والظاهر ان ولو وصلية لكن الاولى ان يقول لو كان

بابه فى سكة اخرى بدون الواو لانه ان كان بابه فى تلك السكة كان خليطا فى حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا فلهذا قال صاحب الهداية وغيره فى تفسير الجار الملاصق هو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة اخرى وقال الشافعى لاشفعة بالجوار بل بالشركة فى البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لا يقسم وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره فلا تثبت للجار المقابل اذا كانت السكة نافذة اما اذا كانت غير نافذة فتثبت ( ومن ) مبتدأ ( له جذوع على حائطها ) اى حائط الدار ( او ) من له ( شركة فى خشبة عليه ) اى على الحائط ( جار ) خبر المبتدأ لان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا ( وان ) كان شريكا ( فى نفس الجدار فشريك ) يقدم على الخليط لكن فى التبيين وغيره واذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران انتهى فيلزم التوفيق بينه وبين ما فى المتن بان مراد المص بالبناء المكان الذى عليه البناء لا البناء المجرد تدبر ( وهى ) اى الشفعة ( على عدد الرؤس ) اى رؤس الشفعاء ( لا السهام ) اى سهام ملكهم لان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ولهذا قسم على التنصيف ما باع شريك لصاحب نصف وثلث وسدس وجازله جار ان احدهما من ثلثة جوانب وثانيهما من جانب خلافا للشافعى اذ عنده يقضى بقدر الاملاك لا بقدر الرؤس لان الشفعة من مرافق الملك فيكون على قدر الملك وفى التنوير اواسقط بعضهم حقه من الشفعة بعد القضاء ليس لمن بقى اخذ نصيب التارك ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة ثم اذا حضر وطلب قضى له بها اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء لم يصح اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به ( فاذا علم الشفيع البيع ) اى العقار المشفوع ( يشهد ) من الافعال ( فى مجلس علمه ) اى الشفيع على ( انه يطلبها ) سواء علم بسمع البيع من البائع او المشترى او بسمع الكلام فى حق البيع او باخبار شخص بان فلانا باع داره بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة او ناطالبها او اطلبها لان الاعتبار للمعنى والمعتبر الطلب دون الاشهاد وانما الاشهاد للاثبات حتى لو صدقه المشترى على الطلب لا يحتاج الى الشهود ثم اعتبار المجلس اختيار الكرخى وبعض مشايخ بخارى للتأمل

وفي رواية الاصل يشترط على فور علمه بالبيع حتى لو سكت ساعة تبطل واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى وعليه الفتوى كما في النتح وقيل تبطل ان سكت ادنى سكوت حتى لو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد العلم بالمشترى و بالثمن (ويسمى) اي الطلب في المجلس (طلب مواثبة) اي مسارعة من اوثب سمى به ليدل على غاية التعجيل (ثم يشهد عند العقار) لانه محل الشفعة (او) يشهد (على المشترى) ولو غير ذى يد بان يقول له اطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وانا شفيعها بالشركة في الدار او الطريق او بالجوار بدار حدودها كذا فيما لى فلابد ان يبين حدود الدارين مع كل واحدة من قرائب الثبوت كما في الجامع لكن في الكافى وغيره ان تبيين هذه الامور ليس بلازم منه وفيه اشارة الى ان له الاشهاد عند احد هؤلاء مع الاقرب على ما قال بعض المشايخ وذهب الآخرون الى انه انما يشهد عند الاقرب كما في القهستاني (او على البائع ان كان المبيع في يده) فلا يصح الاشهاد عند بائع ليس بذى يد على ما ذكره القدورى واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الاسلام وغيره ان الاشهاد يصح عنده استحسانا وانما ذكر كلمة ثم اشارة الى ان مدة هذا الطلب لم يكن على فور المجلس في الاكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد كما في النهاية وغيره حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (فيقول اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة) قبله طلب المواثبة (وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى) هذا الطلب (طلب تقرير واشهاد) ولابد منه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضى ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير (ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دارا كذا وانا شفيعها بسبب كذا) قيل هذا ظاهر في الشفيع في الجوار لا في الشفيع في نفس المبيع (مره) ايها القاضى (بالتسليم الى) حتى بالرد او بترك الدخل بينه وبقى فالتسليم على هذا المعنى لا يقتضى القبض بل يوجد قبل القبض وبعده فلا يرد ما قيل من انه هذا اذا قبض المشترى المبيع وطلب الخصومة لا يتوقف عليه انتهى (ويسمى) هذا الطلب (طلب خصومة وتمليك) فلابد منه ايضا لانه لا يحكم له بدون طلبه (ولا تبطل الشفعة بتأخيره) اي بتأخير طلب الاخذ (مطلقا) بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عند الشيخين (في ظاهر المذهب وعليه) اي على قول الامام (الفتوى) لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض او سفر او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالاجماع

وان طالت المدة وعن ابى يوسف ان اخره الى مجلس حكم يبطل لتركه عند امكان الاخذ وفى رواية الى ثلثة ايام ( وقيل يفتى بقول محمد ) وزفر رواية عن ابى يوسف ( انه ) اى الشفيع ( ان اخره ) اى طلب الخصومة ( شهرا بلا عذر بطلت ) الشفعة لانه قال الفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس فى قصد الاضرار بالغير وفى المحيط والخلاصة ومنية المفتى ومختارات النوازل والفتوى على قول محمد ( واذا ادعى ) الشفيع ( الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه ) وهو المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع اولا ( فان اقر ) المشترى ( بملك ما يشفع به ) اوانكر فحلف ( اونكل عن الحلف على العلم بملكيته ) بان يحلف بالله ما اعلم انه مالك لما يشفع به ( او ) انكر ( و برهن الشفيع ) اى اقام بينة انها ملكه ( سأله ) اى القاضى المشترى ( عن الشراء ) فيقول له اشتريت ام لا ( فان اقر ) المشترى ( به ) اى بالشراء ( او ) انكر فحلف او ( نكل عن اليمين انه ما ابتاع اوما استحق ) الشفيع ( عليه هذه الشفعة او برهن الشفيع ) يعنى ان ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما استحق هذا الشفيع الشفعة على فان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعى كما فى شروح الكنز وفى التنوير من لم ير الشفعة بالجوار كالشافعى طلبها عند حاكم يراه ( قضى ) اى القاضى ( له ) اى للشفيع ( بها ) اى بالشفعة لثبوته عنده قال العينى والواجب فى هذا ان يسأل القاضى اولا عن المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى حقا فلا بد ان تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد فاذا بين ذلك كله تمت دعواه ثم اقبل على المدعى عليه فسأله كما فى المتن ( ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى ) فى ظاهر الرواية فتجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضى لان لزوم الثمن على الشفيع بعد القضاء لاقبله وعن محمد وهو رواية الحسن عن الامام انه لا يقضى حتى يحضر الثمن لاحتمال ان يكون الشفيع مفلسا فتوى المال على المشترى ( فاذا قضى له لزم احضاره ) اى الثمن لتحقق سبب اللزوم ( وللمشترى حبس الدار لقبضه ) اى للمشترى حبس الدار لقبض ثمنه فلو لم ينقده حبس القاضى الشفيع بالاباء لان الشفيع والمشترى نزلا منزلة البايع والمشترى ( ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعد ما امر ) القاضى ( باداثه ) اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء ( وللشفيع ان يخاصم

البائع ان كان المبيع في يده ) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك ( و ) لكن ( لا يسمع القاضي البينة ) اي بينة الشفيع ( عليه ) اي البائع بغيبة المشتري ( حتى يحضر المشتري ) لانه المالك ( فيفسخ البيع بحضرته ) اي المشتري عند حضور البائع لان احدهما صاحب يد والآخر ملكا ( ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل عليه ) اي على البائع ( العهدة ) اي يجعل ما يترتب على البيع من الاحكام على البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري والعهدة على المشتري لو كان ذلك بعده لان البائع يصير اجنبيا كما في اكثر المعتبرات وعلى هذا ان النص اطلق في محل التقييد وقال الشافعي العهدة على المشتري مطلقا ( ولو كيل بالشراء خصم للشفيع ) لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري ( ما لم يسلم الى الموكل ) فاذا سلمها الى الموكل لا يبقى له يد ولا ملك فلا يكون خصما بعده ( وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان ) وصلية ( شرط المشتري البراءة منه ) اي من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولا يسقط برؤية المشتري وبشرط براءته لان الشفيع ليس نائبا عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشتري

## ( فصل )

( وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري ) مع اليمين لان الشفيع يدعي عليه حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكره فالقول للمنكر ولا يتحالفان ( ولو برهنا ) اي لو اقام كل منهما البينة على دعواه ( فللشفيع ) اي بينته الشفيع احق بالتقدم عند الطرفين لكونه مدعيا ولامكان صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيجعلان موجودين فالشفيع يأخذ بايهما شاء ( وعند ابي يوسف للمشتري ) اي بينة المشتري احق لانها تثبت الزيادة وهو قول الشافعي واحمد ( وان ادعى المشتري ثمنا و ) ادعى ( البائع ) ثمنا ( اقل منه ) اي من ذلك الثمن ( اخذه ) اي الشفيع العقار ( بما قال البائع قبل قبض الثمن ) سواء قبض المشتري العقار او لا لان هذا القول من البائع حط بعض الثمن عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع ( وبما قال المشتري بعده ) اي اخذ الشفيع بقول المشتري بعد قبض البائع الثمن لانه حينئذ كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع فالقول للمشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بالف لانه بين الثمن في حال له ولاية البيان فيه فقبل بيانه وان قال قبضت الثمن وهو الف اخذها بقول المشتري لانه لما ادعى

باستيفاء الثمن اولا صار اجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن وعند الائمة الثلاثة يأخذها بقول المشترى فيهما ( وان عكسا ) اى ادعى البايع ثمنا والمشترى اقل منه ( فبعد القبض يعتبر قول المشترى ) اى او كان بعد قبض البايع الثمن ( اخذها ) الشفيع بما قال المشترى ( وقبله ) اى قبل القبض ( يتحالفان ويترادان البيع ( واى ) من البايع والمشترى ( نكل ) عن اليمين ( اعتبر قول صاحبه ) فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بما يدعيه الآخر ( وان حلفا فسخ البيع ) اى فسخ القاضى العقد بينهما ( ويأخذه ) اى العقار ( الشفيع بما قال البايع ) لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع كما ورد عليه بعيب بقضاء قاض كما فى اكثر المعتبرات ( وان حط ) البايع ( عن المشترى بعض الثمن يأخذه ) اى العقار ( الشفيع بالباقى ) من الثمن سواء كان قبل قبضه او بعده لما مر ان الحط عن المشترى حط عن الشفيع اى الحط يلحق باصل العقد خلافا لزفر والائمة الثلاثة فان عندهم لا اثر للحط بل عليه الثمن المسمى ( وان حط ) البايع عن المشترى ( الكل ) اى كل الثمن ( يأخذ ) الشفيع ( بالكل ) اى بكل الثمن بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه بط لكن فى شرح الهداية للدهلوى كلام فليطالع ( وان حط ) البايع عن المشترى ( النصف ) اى نصف الثمن ( ثم ) حط ( النصف ) الاخر ( يأخذ ) الشفيع ( بالنصف الاخير ) لانه لما حط النصف التحق باصل العقد فوجب عليه النصف فلما حط النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط عن الشفيع ( وان زاد المشترى فى الثمن ) بعد عقد البيع ( لاتلزم الشفيع الزيادة ) اى اخذه بالثمن الاول بالاجماع لانه حق الشفيع فتكليف الزيادة ابطال لانهما من ذوات الامثال ( وان ) كان الثمن ( قيميا فقيمته ) اى يأخذ المبيع بالقيمة فى شراء دار بثوب اوفرس لانهما من ذوات حقه ( واذا كان الثمن مثليا لزم الشفيع مثله ) اى يأخذ الشفيع المبيع بمثل الثمن فى شراء العقار بمكيل اوموزون القيم ويأخذ كل واحد بقيمة الآخر فى شراء عقار بعقار لتحقق البداية بينهما ولكونه من ذوات القيم ( وان كان ) الثمن ( مؤجلا ) باجل معلوم لانه ان كان مجهولا فالبيع فاسد ( اخذ بثمن حال او يطلب ) الشفيع شفعته ( فى الحال ) لان تركه بعد ثبوت حقه دليل الاعراض وفى الهداية فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل ( ويأخذ ) الشفيع العقار ( بعد مضى الاجل ) لكون الثمن مؤجلا وقال زفر ومالك واحمد والشافعى فى القديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا ان الاصل فى الثمن ان يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولاشرط فى حق الشفيع ( ولا يتعجل ما على

المشتري لو اخذ الشفيع بالحال ) لان الاجل ثبت له بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد كما في التبيين ( ولو سكت عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته ) عند الطرفين ( خلافا لابي يوسف ) فان عنده لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ولهما ان حقه قد ثبت ولهذا له ان يأخذ بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة ( ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير يأخذه الشفيع الذمي بمثل الخمر وقيمة الخنزير ) لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة ولو اسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة ( و ) يأخذه الشفيع ( المسلم بالقيمة فيهما ) اما الخنزير فمن ذوات القيم واما الخمر فلان المسلم عاجز عن تسليمها فالتحق بغير المثلي ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم او فاسق تاب وفيما في المراد من انه بقي صورة وهي انه لو اشترى ذمي بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها كلام لانه بين آنفا ان المسلم يأخذ بالقيمة وكذا يأخذ الذمي بالقيمة لان الخنزير من ذوات القيم فلا وجه على ما قاله تأمل ( ولو بنى المشتري ) على الارض المشفوعة ( او غرس ) فيها فحكم بالشفعة ( اخذها الشفيع بالثمن وقيمتهما ) اي البناء والغرس ( مقلوعين ) والمراد بقيمتهما مقلوعين قيمتهما مستحق القلع ( كما في الغصب او كلف المشتري قلعهما ) اي البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة بكل الثمن بدونهما وعن ابي يوسف لا يكلفه بالقلع بل يكون بالخيار بين ان يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين ان يترك لان المشتري محق في البناء وليس بمتعد اذ بنى في ملكه المشتري والتكليف بالقلع من احكام العدوان وبه قال الشافعي ولنا انه بنى في محل ظهر تعلق حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط فيأمر الشفيع بالنقض كالغاصب اذا بنى لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدم حق الشفيع عليه ولذا ينقض الشفيع بيع المشتري وهبته وجعله مسجدا ومقبرة وجعل تصرفه كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض وله ان ينقض المسجد وينبش الموتى كما في القهستاني ( ولو استحقت ) الارض ( بعدما بنى الشفيع او غرس رجع ) الشفيع ( على المشتري بالثمن فقط ) يعني لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه لانه لا يرجع بما نقض بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه وكان

كالمشترى وجه الظاهر وهو الفرق بينه و بين المشترى ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع اخذها منه جبرا ( وان جف الشجر ) بآفة سماوية ( اوانهدم البناء ) عند المشترى بعد شراء المشترى بغير صنع احد ولم يبق شيء من نقض اوخشب فاما اذا بقي به شيء من ذلك فلا بد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ ( يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء ) ولا يسقط من الثمن شيء لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته ( وان هدم المشترى البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها ) من الثمن ان شاء وان شاء ترك لان المشترى قصد الاتلاف فيلزم الخيار المذكور ونقض الاجنبي كنقض المشترى ( وليس له ) اى للشفيع ( اخذ النقض ) بل هو للمشترى لكونه مفصولا ومنقولا ( واذا شرى المشترى الارض مع شجر مثمر ) بان شرطه في البيع ( اوغير مثمر فاثمر في يده ) اي المشترى بعد الشراء ( اخذها الشفيع مع الثمر فيهما ) لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه وهو الاستحسان والقياس ان لا يكون له اخذ الثمن لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ( فان جذه ) اى قطع الثمر واجتناه المشتري ( فليس للشفيع اخذه لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه ( و يأخذ ما سواه ) اى ما سوى الثمر ( بالحصة في الاول ) وهو ما اذا اشتراها بثمرها فيسقط من الثمن حصة الثمر لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن ( و بكل الثمن في الثاني ) اى فيما اثمر في يد المشترى اى يأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن وفي التنوير قضى للشفعة للشفيع ليس له تركها الطلب في بيع فاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا

## ( باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها )

اى الشفعة ذكر تفصيلها بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال ( انما تجب ) اى تثبت الشفعة ( قصدا في عقار ) انما قال قصدا لانها تثبت في غير العقار بتبعية العقار كالثمر والشجر كما في الدرر قوله ( ملك ) على صيغة المجهول صفة عقار واحترز بقوله ( بعوض ) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها و بقوله ( هو مال ) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر و نحوه فان الشفعة لا تجب كما سيأتي ( وان ) وصلية ( لم يمكن قسمته كرحى وحمام و بئر )

ويثبت ضرر لا يدفع الا بهم سببا لدفع ضرر الجوار خلافا للشافعي اذ تجب لا شفعة فيما لا يقسم لان وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة فلا يستحق الا فيما يقسم (ولا تجب) الشفعة (في عرض وفلك) لانهما ليسا بعقار قال النبي عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط خلافا لمالك في السفينة (وبناء وشجر بيعا) صفة بناء وشجر (بدون الارض) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض (ولا) تجب (في ارث وصدقة) لان تمليكهما ليس بعقد بلا مال (وهبة بلا عوض مشروط) في العقد حتى لو عوض دارا اخرى لا تجب الشفعة ايضا فيهما لان هذا التعويض تبرع لا عوض حقيقة عن الهبة وفيه اشارة الى انه اذا شرط العوض تجب لانها بيع انتهاء كما مر في الهبة واما اذا وهب لم يقدم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (وما بيع) اى لا تثبت الشفعة في عقار بيع (بخيار البائع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (او) بيع العقار (بيعا فاسدا) يعني اذا اشترى عقارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعده فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيلا من فسخه (ما لم يسقط حق الفسخ) فان سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع بان اسقط الخيار او بني المشتري فيها في البيع الفاسد تجب الشفعة لزوال المانع وان اشترى بشرط الخيار فللشفيع الشفعة بالاجماع (ولا) تثبت الشفعة في عقار (فيما قسم بين الشركاء) لان في القسمة معنى الافراز ولم تشرع الا في المبادلة المطلقة (او) لا تجب في عقار (جعل اجرة) بان استأجر حماما بداره فهما الا بعوض الاجرة (او بدل خلع) بان خالعها على دار دفعها اليها (او) بدل (عتق) بان اعتق عبده على دار فلان وقبل العبد (او) بدل (صلح عن دم عمد او) جعل (مهر) لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع به هذا عندنا لان تقوم المنافع في الاجارة لضرورة الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا يكون متقومة في حق الشفعة واما الاعتاق فهو ازالة مالية فكيف يقوم المال وعند الائمة الثلثة تجب فيها بناء على ان الاعواض متقومة عندهم (وان) وصلية (قوبل ببعضه) اى ببعض ما جعل بدلا بهذه الاشياء (مال) عند الامام لان معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لا شفعة في الاصل (وعندهما تجب) الشفعة (في حصة المال) حيث كان فيها مبادلة مال بمال (ولا) تثبت (فيما صولح عنه) اى عن العقار (بانكار او سكوت) لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء

اليه وقعا اشغب خصمه كما اذا ذكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعى كما فى الهداية ( وتجب فيما صولح عليه ) اى العقار ( باحدهما ) وفى الهداية اذا صالح على الدار باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لان المدعى اخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم يكن من جنس المدعى به فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا ان تقييد المص بالانكار والسكوت مما لا ينبغى تدبر ( ولا ) تجب شفعته ( فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية اوشرط او بخيار عيب بقضاء ) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى المبيع لا فى الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض اوقبله ( وما رد به ) اى بعيب ( بلا قضاء او بالاقالة تجب ) الشفعة ( فيه ) لانه فسخ فى حقهما او لايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد فى حق ثالث اوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء كما فى الهداية وفى التبيين كلام وفى التسهيل جواب فليطالع ان شئت وقال زفر لا تجب لان العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة وهو قول الشافعى واحمد ( وتجب ) الشفعة ( فى العلو وحده و ) تجب ( فى السفل بسببه ) اى بسبب العلو هذا اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار اما اذا كان طريق العلو فى السفل فح تثبت الشفعة بالطريق لا من حق القرار لان شركة الطريق اقوى من حق القرار ( و ) تجب الشفعة ( فيما بيع بخيار المشترى ) لان الخيار لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه كما فى الهداية ( وان بيعت دار بجنب المبيعة بالخيار فالشفعة لمن له الخيار بايعا اومشتريا ) اما البايع فلان الملك فى الدار عند هذا البيع للبايع فاذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع واما المشترى فلان المبيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع وكذا عنده لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاقه الشفعة كالمأذون او المكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وعن هذا قال ( وتكون ) الشفعة ( اجازة ) واسقاطا للخيار ( من المشترى ) فى حق مبيعه اوجود دليل الرضاء بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته كما فى الهداية ( والشفيع ) الدار ( الاولى اخذها ) اى اخذ الاولى ( منه ) يعنى اذا حضر شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان يأخذها بالشفعة لانه هو اولى بها من المشترى لما عرف ان الشفيع اولى من المشترى ( لا اخذ الثانية ) وهى

أتى احدها المشري بطريق لسقمه لانعدام ملكه فى الاولى حتى ثبتت الثانية هذا اذا لم تكن متصلة بملكه وان كانت متصلة كان له ان يشاركه فيها بالشفعة (وان بيعت) دار (بجنب الدار) (المبيعة) بيعا (فاسدا فشفيعها) اى الدار المبيعة (البائع ان بيعت قبل قبض المشتري) لبقاء ملكه فيها (واذا قبض المشتري) (بعد الحكم له) اى للبائع (بها) اى بالشفعة (لا تبطل) الشفعة ان كانت بعد الحكم له فيها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا تبطل باخراج الاولى عن ملكه واما ان يستحق المشتري الدار المبيعة شفعتها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لانه لان الشفيع انما يستحق بالملك ولا ملك له (وان بيعت بعد قبض المشتري) المبيعة فاسدا (فالشفعة للمشتري) لثبوت الملك له بالقبض (وان استرد البائع منه) اى من المشتري (المبيعة) بحكم الفساد (قبل الحكم له) اى للمشتري بالشفعة (بطلت شفعته) لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة (وان) استردها منه (بعد الحكم له) (بقيت الثانية على ملكه) اى ملك المشتري لانه احدها حتى كان له حق الاخذ (والمسلم والذمي فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما استويا فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا استوى فيها الذكور والاناث والصغير والكبير خلافا لابن ابي ليلى فى الذمي والصغير (وكذا الحر والعبد المأذون والمكاتب) اى سواء (واو) وصلية (فى بيع السيد كالعكس) اى للمأذون والمكاتب شفعة فى مبيع السيد كما للسيد شفعة فى بيع المأذون والمكاتب لان ما فى يدهما ليس ملكا مولاهما قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية وعرف بحث الشفعة للعبد المأذون حال كونه مديونا تحيطا برقبته وكسبه فيما باعه سيده لكونه اجنبيا وكذا تجب الشفعة لسيده فيما باعه عبده المأذون الذي عليه دين محيط لان ما فى يد العبد المستغرق ملك له لا لمولاه قيل احاطة الدين ماله ورقبته ليس بشرط بعد الاحاطة فيما فيه لا زم لظهور حق الشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له انتهى فعلى هذا ان المصنف قد اطلق فى محل التقييد وحمل صاحب الفرائد على ما قال صاحب الاصلاح ليس بما ينبغي تدبر

## ( فصل )

(وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض) اى كل المشتراه او بعضها الى البائع قبل البيع لان التسليم قبله لا يبطلها اما تسليمه الكل فلانه صريح فى الاسقاط واما البعض فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه علكه كما تملكه المشتري والمشتري

لا بملك البعض لانه تفريق الصفقة فلا يجرى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله كما فى الاختيار ( ولو ) وصلية اى ولو كان التسليم ( من الوكيل ) والمراد من الوكيل الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليم الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند الامام وعند ابى يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا ولو اقر هذا الوكيل على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهى مسئلة اقرار الوكيل وموضعها فى الوكالة ( و ) تبطل الشفعة ( بترك طلب المواثبة او ) طلب ( التقرير ) حين علم مع القدرة عليهما لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما دليل الاعراض ( و ) تبطل الشفعة ( بالصلح ) اى صلح المشترى الشفيع ( عن الشفعة على عوض ) لانه احد الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه ( وعليه ) اى على الشفيع ( رده ) اى العوض لان حق الشفعة لم يكن متقررا فى المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ رشوة ( وكذا ) تبطل شفعته ( او باع شفعته بمال ) لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط مجازا فتسقط الشفعة ولا يلزم المال بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل ( وكذا لو قال للمخيرة اختارينى بالف اوقال العنين لامرأته ذلك ) اى ترك الفسخ بالف ( فاختارته ) اى اختارت الزوج ( بطل خيارها ولا يجب العوض ) لانه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحل ( وتبطل ) الشفعة ( بيع ما يشفع به قبل الحكم له ) اى للشفيع ( بها ) اى بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء واما بعد القضاء فيكون ميراثا للورثة ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع العقار بشراء المشفوع اولا لانه لا يختلف فى الحالين وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم ( و ) تبطل ايضا ( بموت الشفيع ) قبل الاخذ بعد الطلب او قبله ولا يورث عنه وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التمليك وهو قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته ( لا ) تبطل ( بموت المشترى ) لوجود المستحق ( ولا شفعة لمن باع ) صورته وكل صاحب الدار شفيعها ببيعها فباعها لان البيع يدل على الاعراض وعند الائمة الثلاثة تجب له الشفعة ( او بيع له ) صورته ان المضارب باع دار المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان البيع له ( او ضمن ) الشفيع ( الدرك ) عن البائع

فان الشفعة تبطل لانه لم يعلم له الدرك حين لم يحصل له الدار وذلك لا يكون الا بترك الشفعة وفي احدى الروايتين لا تبطل وعند الائمة الثلاثة تجب (او ساوم المشترى بيعا او اجارة) او طلب الشفيع من المشترى ان يوليه عقد الشراء فان الشفعة تبطل بذلك لانه دليل الاعراض (وتجب) الشفعة (لمن ابتاع) قيل بيانه لو وكل المشترى شفيع الدار بشرائها فاشترى فله الشفعة (او ابتيع له) بيانه اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى كان له الشفعة ولا فرق بين ان يكون البائع او الشراء من الاصيل او وكيله في بطلان الشفعة في الاول ووجوبها في الثاني (ولو قيل للشفيع انها) اي الدار التي تثبت فيها الشفعة له (بيعت بالف) درهم (فسلم) الشفيع لاجل الاستكثار (ثم بان) اي ظهر (انها بيعت باقل) من الالف (او) ظهر انها بيعت (بكيلي او وزني او عددي متقارب قيمته الف او اكثر فله) اي للشفيع (الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او لمعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ لتيسر وعدم الرضاء على تقدير ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها (ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف) او اكثر (فلا) شفعة له اما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بعرض قيمته مثل قيمة الذي بلغه او اكثر فلعدم الفائدة لان الواجب في غير المكيل والموزون القيمة فلا يظهر التفاوت واما عدم الشفعة ان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلان الجنس متحد في حق الثمنية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس وهو قول الائمة الثلاثة كما في الهداية وغيرها لكن في التبيين هذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول الامام وزفر وفي العناية نقلا عن المبسوط وقول محمد مع الامام لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع ولعل اختيار ما اختار صاحب الهداية ولهذا لم يذكر الاختلاف بين علمائنا الثلثة تتبع وانما قيد بالف او اكثر لان قيمته ان اقل فهو على شفعته (ولو قيل له) اي للشفيع (المشترى فلان فسلم) الشفعة (فبان انه) اي المشترى (غيره) اي غير فلان (فله الشفعة) لان رضاءه بجواره لا يجوز غيره لتفاوت الناس (ولو قيل له) المشترى (فلان) فسلم (ثم بان انه) اي المشترى (هو) اي فلان (مع غيره فله الشفعة في حصة الغير) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو قيل له) اي الشفيع (بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل فله الشفعة في الكل) لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه

اسقاطا للكل وعلل صاحب الهداية بان التسليم لضرر الشركة ولاشركة لكن في التبيين هذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما واما اذا اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر بشراء النصف لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه وقيل له الشفعة ومال اليه شيخ الاسلام كما في المنح ثم شرع في بيان الحيلة فيها فقال ( وان باعها ) اى الدار ( الاذراعا ) اى مقدار ذراع ( من طول ) الجدار الذى يلى ( جانب الشفيع فلاشفعة له ) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لووهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق ( وان شرى منها ) اى من الدار ( سهما بثمن ثم شرى باقيها ) اى باقى الدار ( فالشفعة في السهم فقط ) لان الشفيع جار والمشترى شريك في الباقي فيقدم عليه ولواراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الادرهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان جزأ قليلا كالعشر اواقل مثلا ( وان ابتاعها ) اى ان اشترى الدار ( بثمن ) كثير كالف ( ثم دفع عنه ) اى عن الثمن ( ثوبا ) يساوى مائة درهم مثلا ( اخذها الشفيع بالثمن لابقيمة الثوب ) لان الثوب عوض عما في ذمة المشترى فيكون البايع مشتريا بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الشريك والجار لكن فيه ضرر البايع لانه اذا استحقت الدار المشفوعة يبقى كل الثمن والاوجه ان يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوعة يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير كما في الهداية وله حيلة اخرى احسن واسهل ذكرها صاحب الدرر وهو قوله اواشترى بدراهم معلومة امابالوزن اوالاشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض لان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة فجهالة الثمن تمنع الشفعة ( ولاتكره الحيلة في اسقاطها ) اى الشفعة ( عند ابى يوسف ) لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو الاخذ بلارضاه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وان تضرر الغير في ضمنه وهو رواية عن الامام ( وبه ) اى بقول ابى يوسف ( يفتى قبل وجوبها ) واما بعد وجوبها فمكروهة بالاجماع ( وعند محمد تكره ) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى قيل لاتكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف في فصل الزكوة والمختار عندى ان لاتكره في الشفعة دون الزكوة كما في شرح الكنز للعينى وفي التنوير ولاحيلة لاسقاط الحيلة لماقال البزازى وطلبناها كثيرا فلم نجدها ( وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لاحصة بعض البائعين ) يعنى اشترى جماعة عقارا والبايع واحد بتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان يأخذ

نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البائع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ حصة بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل او يترك والفرق ان في الوجه الثاني أخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وهو عيب الشركة وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدي الى تفرق اليد على البائع بمنزلة المشتري نفسه لانه كواحد منهم بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع سواء سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في العدد والاتحاد للعاقد دون المالك وتمامه في الكافي من مطالع (والجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان) وصلية (وقع في غير جانبه) يعني اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع اخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم او بالتراضي اذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما قسما بالقضاء او بالتراضي فللشفيع ان ينقض القسمة وفي الهداية ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن الامام انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر (وللعبد المأذون المديون الاخذ بالشفعة في بيع سيده وبالعكس) هذا مستدرك لما سبق قبل الفصل بل الاولى ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد وتأمل وتدبر (وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير) عند الشيخين (خلافا لمحمد فيما يبيع بقيمة او اقل) اي قال محمد لا يصح تسليمهما شفعة الصغير والصبي على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت له فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذا في معنى المبادلة وهما يملكانها الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده منهما وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء (وقوله) اي قول محمد (رواية عن الامام في الاقل الذي

لاتتعلق بدينه ) وفي الكافي اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن الامام ان التسليم يجوز لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لازالة عن ملكه ولم يكن تبرعا وعن محمد انه لايجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولارواية عن ابي يوسف وفي التبيين كلام فليطالع

## ( كتاب القسمة )

عقب بالقسمة مع اشتمال كل على المبادلة رقيا من الادنى الى الاعلى لجوازها ووجوب القسمة في الجملة ( هي ) اى القسمة لغة بالكسر اسم من الاقتسام كما في المغرب اوالتقسيم كما في القاموس لكن الانسب بما يأتي من لفظ القاسم ان يكون مصدر قسمه بالفتح اى جزأه كما في القهستاني وفي الشريعة ( جمع نصيب شايع في معين ) اى في مكان معين وسبب القسمة طلب الشركاء اوبعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى اذالم يوجد منهم الطلب لاتصح القسمة وركنها هو الذي يحصل بذلك الفعل الافراز والتمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة فان فات بها لاتقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر وحكمها تعين نصيب كل من الشركاء على حدة وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ( وتشتمل ) اى القسمة مطلقا سواء كانت في المثليات اوالقيميات ( على ) معنى ( الافراز ) وهو اخذ عين حقه ( والمبادلة ) وهي اخذ عوض عن حقه ( والافراز ) وهو التمييز ( اغلب ) اى راجح ( في المثليات ) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب لعدم التفاوت بين ابعاضها ثم فرع بقوله ( فيأخذ الشريك حظه ) اى نصيبه ( منها ) اى من المثليات ( حال غيبة صاحبه ) في ذوات الامثال لكونه عين حقه ( ولو اشترياه ) الضمير المنصوب راجع الى المثلى الدال عليه لفظ المثليات ( فاقتسماه فلكل ) اى لكل واحد منهما ( ان يبيع حصته مرابحة ) وتولية ( بحصة ثمنه ) ولو كانت مبادلة لما جاز هذا وفي الاختيار فلا يخلو عن معنى المبادلة ايضا لان ماحصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه الا انه جعل وصول مثل حقه اليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت ( والمبادلة ) اى الاعطاء من الجانبين ( اغلب في غيرها ) اى في غير المثليات من العقار وسائر المنقولات للتفاوت بين ابعاضها ( فلا يأخذه ) اى الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه ولايمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه

بعدم المضرر له بينهما ( وقيم ) حصصه ( من احد بعد الشراء والقسمة )
ولو كانت افرازا جاز ( ويجبر عليها ) اى على القسمة ( فيه ) اى فى غير المثلى
( بطلب شريك فى متحد الجنس ) لغلبة معنى الافراز فى الجملة عند طلب احد
الشركاء من القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ( لافى غيره ) اى لايجبر على
القسمة لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت لان مايوفيه ليس عين حقه بل هو
عوض حقه فيلزم من الرضاء ولو توافقا واطبقها تجوز لان الحق لهم هذا اذا امكن
الوصول الى حقه اما اذا لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة
كما فى قضاء الديون ( وندب للقاضى نصب ) رجل ( قاسم يكون رزقه من بيت
المال ) لانه من جنس عمله لانه كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال
لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء ( ليقسم بلا ) اخذ ( اجر منهم ) لكونه ارفق
للانام وابعد من التهمة ( فان لم يفعل ) اى لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال
لان النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب فهو راجع ان ينصب وان لا ينصب
فان لم ينصب ( ينصب قاسما يقسم ) بين الناس ( باجر ) على المتقاسمين لان
النفع لهم على الخصوص وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضى ان يأخذ الاجرة
على القسمة وان كان لايجوز له على القضاء ( يقدره ) اى اجر المثل ( له )
اى للقاسم ( القاضى ) لئلا يطمع فى اموالهم ويتحكم بالزيادة ثم ان الاجر هو اجر
المثل وليس له قدر معين وقيل يقدر الاجر ربع العشر كالزكوة لانها عمل العامل
فاشبه الزكوة كما فى شرح الوقاية لان الشيخ ( وهو ) اى اجر المثل ( على عدد
الرؤس ) اى رؤس المتقاسمين عند الامام لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز
الاكثر من الاقل فى المشقة ( وعندهما على قدر السهام ) لانه مؤنة
الملك فيقدر بقدره وبه قال الشافعى واحمد واصبغ المالكى ( واجرة الكيل
والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن ) اى ماذكر من الكيل والوزن
( للقسمة ) لان الاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز ( وان ) كان ( لها )
اى للقسمة ( فعلى الخلاف ) حيث تجب الاجرة على عدد الرؤس عنده
وعندهما على قدر السهام ( ويجب كونه ) اى القاسم ( عدلا امينا عالما
بالقسمة ) لانه من جنس عمل القضاة ويعتمد على قوله فتشترط العدالة والامانة
والعلم بها وانما ذكر الامانة بعد العدالة وهى من لوازمها لجواز ان يكون
غير ظاهر الامانة كما فى المنح وغيره وليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم
ظهورها كما لايخفى تأمل كما قال يعقوب باشا ( ولا يجبر الناس على قاسم واحد )
اى لا يعين القاضى قاسما واحدا للقسمة لانه يتحكم فى الزيادة على اجر مثله ( ولا يترك
القسام ) جمع قاسم ( ليشتركوا ) اى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا تصير

الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (وصح الاقسام بانفسهم) بالتراضي بلا امر القاضي) لولايتهم على انفسهم واموالهم (ويقسم على الصبي وليه او وصيه) كالبيع وسائر التصرفات (فان لم يكن) اي وان لم يوجد احدهما (فلابد من امر القاضي) اي نصب القاضي له من يقسم قوله ويقسم الى هنا كلام صاحب الاختيار لكن في عامة المعتبرات وصحت برضاء الشركاء الا عند صغر احدهم ولا نائب عنه وكذا الحكم عند جنون احدهم (ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم) اي لو ادعى الشركاء ارث العقار عن زيد عند القاضي لا يقسم بينهم باعترافهم (مالم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند الامام لان الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والاقرار حجة قاصرة لا تتعدى الى غير المقر فلابد من البينة لتكون حجة على الميت مع ان العقار محصن بنفسه فلاحاجة الى القسمة بخلاف المنقول لانه غير محفوظ بنفسه (وعندهما يقسم باعترافهم) ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني انه قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى الى شريك لهم آخر وبه قال الشافعي واحمد في قول (وغير العقار يقسم اجماعا) لان في قسمته نظرا لاحتياجه الى الحفظ كما مر (وكذا العقار المشترى يقسم) اتفاقا لان من في يده شيء فالظاهر انه له وفي رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون في ايديهم والملك للغير والاول اصح (والمذكور مطلق ملكه) اي يقسم اتفاقا فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقوله من غير اقامة البينة وذلك لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليه فيجوز (وان برهنا) اي اقام رجلان بينة (ان العقار في ايديهما) وطلبا القسمة (لا يقسم حتى برهنا) اي حتى يقيما البينة (انه) اي العقار ملك (لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قال العيني وغيره في شرح الكنز وهذه المسئلة بعينها هي المسئلة السابقة وهي قوله والمذكور مطلق ملكه لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين وليس فيه مايدل على ذلك والا فتقع المسئلة مكررة يحاشى عنه مثل هذا المختصر انتهى ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب اوصبي قسم العقار بينهم بطلب الحاضرين هكذا وقع في الوقاية والهداية وفي العناية قيل هذا سهو والصحيح في ايديهما لانه لو كان في ايديهم لكان البعض في يد الطفل او الغائب وسيأتي انه ان كان

لايقسم واجيب عنه بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملبس اذ هي هذه القرينة وقعت في عبارة الهداية لا في عبارة المصنف لانه قال و رهنوا بصيغة الجمع فلا يمكن الجواب عنه بذلك ( ونصب وكيل ) للغائب ( او وصي ) للصبي ( نقبض ) الوكيل ( حصة الغائب او ) لقبض الوصي ( حصة الصبي ) لان في هذا نظرا للغائب والصبي ولابد من اقامة البينة عند الامام وعندهما يقسم بقولهم كما مر ( ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه ) اي من العقار في يد الغائب ( او ) كان ( في يد مودعه او ) كان ( في يد الصغير لا يقسم ) لان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الطفل باخراج شيء في يده من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه سواء اقيمت البينة هنا اولا ( وكذا ) لا يقسم ( لو حضر وارث واحد ) و رهن على الموت والعدد والباقي غائب عن النظر اوصبي لان الواحد لا يكون مخاصما ومخاصما فلابد من اثنين ( او كانوا مشترين وغاب احدهم ) اي لا يقسم لان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولا يقضى ( واذا انتفع كل ) واحد ( من الشركاء بحصته بعد القسمة قسم بطلب احدهم ) لان في القسمة تكميل المنفعة وكانت حقا لازما فيما يشملها ( وان تضرر الكل ) بالقسمة كالحمام ونحوه ( لا يقسم الا برضاهم ) لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض ( وان انتفع البعض ) لكثرة نصيبه ( دون البعض ) بل تضرر لقلة حظه ( قسم بطلب ذي النفع ) لانه طالب تكميل منفعة ملكه ( لا بطلب الآخر وهو الاصح ) هذا قول الخصاف والامام السرخسي لانه لا فائدة له فهو متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا يفيد وفي الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل رضي بضرره وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى وفي المنح ينبغي ان يعول على ما جزم به عامة اصحاب المتون والشروح لانها هي الموضوعة لنقل المذهب ولا يعارضه ما في الفتاوى وانما يعول عليها اذا لم تعارضها كتب الاصول وهي الموضوعة لنقل المذهب واما مع معارضتها لها لا يلتفت اليها كما في انفع الوسائل ( ويقسم العروض من جنس واحد ) اي يقسم القاضي

عروضا اذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة ( ولا يقسم ) القاضى ( الجنسين ) باعطاء ( بعضهما فى بعض ) لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تمييزا بل معاوضة ولا بد فيها عن التراضى وهذا بالاجماع ( ولا ) يقسم القاضى ( الجواهر ) مطلقا لان جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لا يقسم الكبار ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل لا يقسم الجواهر ان كانت مختلفة الجنس كاللآلى واليواقيت ( ولا ) يقسم ( الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين دارين الا برضاهم ) استثناء من قوله ولا يقسم الجنسين الى هنا اى الا برضاء الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم ( وكذا ) لا يقسم ( الرقيق الا برضاهم ) عند الامام ( خلافا لهما فان عندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الائمة الثلاثة وله ان قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة متعذر ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض بخلاف الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وبخلاف المغنم لان حق الغانمين يتعلق بالمالية لا بالعين وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط اواناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ( والدور المشتركة ) بين الاثنين او اكثر كائنا ( فى مصر واحد يقسم ) كل واحدة ( على حدته ) الا بتراضى الشركاء عند الامام وهو الصحيح وهذا قسمة فرد لا قسمة جمع لان الدور اجناس مختلفة بوجوه السكنى وان كانت جنسا واحدا نظرا الى اصل السكنى فيوجد فحش التفاوت باعتبار المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والسوق ( وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها فى بعض جاز ) ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى فكان امرها مفوضا الى رأى القاضى ان شاء قسم وان شاء لم يقسم وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة والكروم المشتركة ( وفى مصرين يقسم كل على حدته بالاتفاق ) فيما رواه هلال وعن محمد لو كانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما فى الاخرى كما فى الاختيار ( وكذا ) لا يقسم احديهما فى الاخرى دار وضيعة اودار وحانوت ) فى مصر بل يقسم على الانفراد بالاتفاق لاختلاف الجنس قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت هنا جنسين وذكر فى اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز لاحتمال الربوا وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئلة روايتان او تبنى حرمة

الربوا وهنالك على شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهي السكنى وفي الكافي ان هذا مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة لا النازل عنها وقال الامام الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وفي العناية وحاشية المولى سعدي جواب المطالع (والبيوت في محلة واحدة او في محلات يجوز قسمة بعضها في بعض) لان التفاوت في البيوت يسير (والمنازل الملاصقة) بعضها مع بعض (كالبيوت) اي يجوز قسمة بعضها في بعض (و) المنازل (المتباينة) بعضها عن بعض (كالدور) اي لا يجوز قسمة بعضها في بعض بل يقسم كل منزل على حدة سواء كان في دار او محال لانها تتفاوت في السكنى لكن دون التفاوت في الدور وفوق البيت فاخذ شبها من كل واحد فان لا زقت فقسمة فردوالا فقسمة جمع وفي الاختيار واذا قسمت الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة ويجوز ان يفضل بعضهم على بعض تحقيقا للمعادلة في الصورة والمعنى او في المعنى عند تعذر الصورة

## ( فصل )

في كيفية القسمة (وينبغي للقاسم ان يصور) على قرطاس او نحوه (ما يقسمه) ليمكنه حفظه واصابته (ويعدله) اي يسوي ما قسمه على سهام القسمة (ويذرعه) اي يذرع ما قسمه ليعرف قدره بان يصور الدرجات على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع في ذراع بشكل لبنة (ويقوم البناء) اذ التقويم يحتاج اليه بالآخرة (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه يكمل ولا رتفاع النزاع هذا ما هو الافضل ان امكن ولذا يجوز تركه (ويلقب الانصباء) جمع نصيب (بالاول والثاني والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب اسماءهم) اي اسامي الشركاء ويجعلها بطاقات ويطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها ثم يدلكها ثم يجعلها في وعاء او في كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد (ويقرع) تطييب القلوب (فالاول لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا) الى ان ينتهي الى الآخر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية ويكتب اسماءهم على القرعة او غيرها ويبدأ القسمة من اي طرف كان فيجعل الطرف الشرقي اول ويجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا فيخرج القرعة المكتوبة ويعطي السهم الاول لمن خرج اسمه فيها اولا والثاني لمن خرج اسمه ثانيا والثالث ثالثا بلا حاجة الى اخراج قرعة اذ بقي له سهم واحد لا نزاع هذا في السهام المتساوية ظاهر واما ان كانت متفاوتة بان كان لاحدهم مثلا نصف وللثاني سدس وللثالث ثلث فيجعل السهام

ستة فان خرج فى القرعة الاولى اسم من له الثلث اتفاقا فله السهمان احدهما هو الملقب بالاول فى طرف شرقى والاخر ما يليه تتميما لحقه ثم ان خرج فى الدفعة الثانية اسم من له النصف فله ثلثة اسهم على الاتصال فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة الى اخراج قرعة والقرعة هنا لازالة تهمة الميل من القسام او القاضى فى اعطاء كل سهام لا فى اصل الاقتسام فمعنى القمار يسقط من الاعتبار ( ولا يدخل الدراهم فى القسمة الا برضاهم ) صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فح للقاضى ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الدار لا فى الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك كما فى الدرر وعن ابى يوسف يقسم الكل باعتبار القيمة اذا كان ارض وبناء لتعذر التعديل الا بالقيمة وعن الامام انه يقسم الارض بالمساحة على الاصل فى الممسوحات فمن كان نصيبه اجود او وقع له البناء يرد على الآخر دراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم فى القسمة ضرورة او لاية الاخ وعن محمد انه يرد على شريكه من الارض فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولا يمكن التسوية بان لا تفى الارض بقيمة البناء فح يرد فى مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وفى الاختيار وقول محمد احسن واوفق للاصول ( فان وقع مسيل ) ماء ( او طريق ) المرور ( لاحدهم فى نصيب اخر و ) الحال انه ( لم يشترط ) ذلك فى القسمة ( صرف ) المسيل او الطريق ( عنه ) اى عن الآخر ( ان امكن ) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك ( والا ) اى وان لم يمكن صرفه عنه ( فسخت القسمة بالاجماع ) لاختلالها وتستأنف لان الحق تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق والمسيل ( ويقسم ) القاضى ( سهمين من العلو بسهم من السفل ) عند الامام ( وعند ابى يوسف ) يقسم ( سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة ) كما اذا كان علو مشتركا بين رجلين وسفله لرجل وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وطلبا القسمة او احدهما قال الامام يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو لان السفل يبقى بعد فوات العلو والعلو لا يبقى بعد فناء السفل وقال ابو يوسف يحسب ذراع من السفل بذراع من العلو لان الاصل هو السكنى وقد استويا فيه وقال محمد تقوم كل على حدة ويقسم بالقيمة لان منفعة العلو والسفل متفاوتة بحسب الاوقات ففى الصيف يختار العلو وفى الشتاء السفل فلا يمكن التعديل الا بالقيمة قيل هذا اختلاف عصر وزمان اجاب كل واحد بما شاهده فى زمانه وفى شرح

الطحاوي الاختلاف في الساحة ولما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا (وعليه) اي على قول محمد (الفتوى) كما في اكثر المضمرات (فان اقر) والاولى بالواو (احد المتقاسمين بالاستيفاء) اي باخذ تمام حصته من المقسوم (ثم ادعى ان بعض نصيبه) وقع (في يد صاحبه) غلطا بعد ما شهد على نفسه بالاستيفاء (لا يصدق) قوله (الا بحجة) منه لان هذه الدعوى تخالف اقراره السابق بالاستيفاء فلا تسمع دعواه الا بالبينة حتى قالوا يحمل دعوى الغلط على فسخ القسمة ليكون وجها لاقامة البينة وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال ان لم تقم عليه بينة استحلف الشركاء انتهى وقال ابن الشيخ في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول او بالاقرار ايضا اذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من قال وقيل المراد بالحجة اقرار الخصم او نكوله لا غير لكون الدعوى على الساكت وقال صاحب الاصلاح الا بحجة من بينة المدعي و قرار الخصم ونكوله على الصحيح (وتقبل شهادة القاسمين) بعد المال عند اختلاف المتقاسمين (فيها) اي في القسمة عند الشيخين لانها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما (خلافا لمحمد) فان عنده لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قالت الائمة الثلاثة لانها شهادة على فعل نفسهما فاورثت التهمة وهذا اذا قسما مجانا ولا يخفى ان اجرهما بعدما قال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح فلذا اطلق في الكتاب كما في شرح الكنز للعيني (وان قال) احد المتقاسمين بعد ما اقر بالاستيفاء (قبضته) اي حقي (ثم اخذ) صاحبي (بعضه) مني بعدما قبضته (وانكر شريكه) ذلك (حلف خصمه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر وفي التسهيل ولا فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاولى في ان الخصم يحلف فيهما اذا لم تكن له بينة الا انه في الاولى ينبغي ان لا تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية (وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني) من ذلك (كذا) الى كذا (ولم يسلم) ما اصابني من حقي (الي وكذبه الآخر تحالفا وفسخت) القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع وفي الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هي المسئلة بعينها واجاب هنا انه تقبل دعواه لكن ينبغي ان لا تقبل للتناقض فظهر ان في المسئلتين روايتين (ولو ادعى) احد المتقاسمين (غبنا) في القسمة (لا يعتبر كالبيع) اي كما لا اعتبار بدعوى الغبن في البيع

اووجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء) القاضى (والغبن فاحش تفسخ) القسمة ح وقال صاحب المنح ولوظهر غبن فاحش فى القسمة فان كانت بقضاء القاضى بطلت عند الكل لان تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد واووقعت القسمة بالتراضى تبطل ايضا فى الاصح وقيل لايلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولامعتبر به فى البيع فكذا فى القسمة اووجود التراضى وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافى وتمامه فيه فليطالع (ولواستحق بعض معين من نصيب البعض لاتفسخ) القسمة اتفاقا على الصحيح (ويرجع البعض (بقسطه فى حظ شريكه) كما اذاكانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد احدهما بيت هو خمسة اذرع رجع بنصف مااستحق فى نصيب صاحبه (وكذا) لاتفسخ (فى الشايع عند الامام وعند ابى يوسف تفسخ) القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشايع وبه قال الشافعى واحمد وهو قول محمد فى رواية ابى سليمان وروى ابو حفص انه مع الامام وهو الاصح كما فى الكافى وغيره (وفى بعض مشاع فى الكل تفسخ اجماعا) لانه اوثبت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه (ولوظهر بعد القسمة دين على الميت محيط) بماله (نقضت) القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث (وكذا تنقض القسمة اوظهر دين لكنه (غير محيط) بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة (الا اذا بقى بلاقسمة مايفى به) اى بالدين فح لاتفسخ لعدم الحاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولوابرأ الغرماء) بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم (اواداه) اى الدين (الورثة من مالهم لاتنقض) القسمة (مطلقا) اى سواء كان الدين محيطا اوغير محيط لزوال المانع وفى الهداية ولوادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لاتناقض اذالدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولوادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

## ( فصل )

فى المهايأة (ويجوز المهايأة) عند تعذر الاجتماع على الانتفاع وهى لغة مفاعلة من التهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايئ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها وقيل مفاعلة من التهيأ فكانه يتهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه والفرق بين القسمة والتهايئ ان الاول يجمع المنافع فى زمان واحد والثانى يجمع على التعاقب ويجرى فيه جبر القاضى كما فى القسمة فيما يحتملها

وشرعا قسمة المنافع والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالاجماع (ويجبر عليها) ...
الشركاء (في دار واحدة) متعلق بقوله و ...
(بان يسكن هذا) الشريك (بعضا) اى بعض الدار (وهذا) الشريك (بعضا) الاخر من الدار (او هذا) يسكن (في علوها وهذا في سفلها) لان القسمة على هذا الوجه جائزة (فكذا المهاياة) والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد اولم يشرط لحدوث المنافع على ملكه كافي الهداية وتجوز المهاياة (في بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وله) اى لكل واحد منهما (الاجارة) اى اجارة ما اصابه (و) اخذ الغلة (في نوبته) متعلق بالاجارة لانه اقسمة المنافع وقد ملكها وله الاستغلال (و) تجوز المهاياة (في عبد واحد) يخدم العبد (هذا يوما وهذا يوما) لان المهاياة قد تكون في الزمان من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي ...
وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة ...
الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (و) تجوز المهاياة (في عبدين يخدم احدهما) اى احد العبدين (احدهما) اى احد الشريكين (و) يخدم العبد (الاخر) الشريك (الاخر) لاشكال على اصلهما لان عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا المنافع واما عند الامام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على مابيناه (ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا) بخلاف الكسوة لان العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت في الطعام وكثرته في الكسوة فان وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لان عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل (و) يجوز (في دارين يسكن هذا) الشريك (هذه) الدار (و) يسكن (هذا) الشريك (الاخر) الدار (الاخرى) ويجبره القاضي عليه اذا طلبه احد الشريكين وهذا ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجبر الجبر على قسمتهما واما عنده فلان المنافع فيها لا تتفاوت فيجوز و يجبر منهما و يعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي (ولا يجوز ذلك) اى التهايؤ (في دابة) يركب هذا يوما وهذا يوما (او دابتين) يركب هذا هذه وهذا

الاخرى (الا برا ضيهما) عند الامام لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واحذق بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال دار) يستغلها هذا شهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها (اودارين هذا هذه) يعنى هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الآخر يستغل الدار الاخرى ويأخذ غلتها فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغيير (لا فى استغلال عبد اودابة) اى لا يجوز التهايؤ فى استغلالهما لان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة (ومازاد فى) نوبة (احدهما فى الدار الواحدة) من الغلة على الغلة فى نوبة الآخر (مشترك) لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد لا فى الدارين وفى الهداية والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز ايضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (و) يجوز التهايؤ (فى استغلال عبدين هذا هذا) اى يستغل هذا الشريك هذا العبد ويأخذ غلته (وهذا الآخر) اى يستغل الشريك الآخر ويأخذ غلته (لا) يجوز (عند الامام) لان التفاوت فى اعيان الرقيق اكثر من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد فالاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ فى الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقايسان كما فى الهداية (خلافا لهما) اى عندهما يجوز اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع (وعلى هذا) الخلاف (الدابتان) حيث منع الامام المهايأة فى بغلتين مثلا وجوزها صاحباه لما ذكر (ولا يجوز المهايأة (فى ثمر شجر اولبن غنم اواولادها) لانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركة بين اثنين فتهايئا ان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة لها فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوه ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته او ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع

جائز كما في الدين ( وتجوز ) المهاياة ( في عبد ودار على السكنى والخدمة ) لان الحق منهما تجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى ( وكذا ) تجوز المهاياة ( في كل غلة المنفعة ) كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار لان كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهاياة ( ولا تبطل المهاياة ) ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما ) لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ( ولو طلب احدهما القسمة والآخر المهاياة بطلت ) المهاياة فيما يحتمل القسمة لان القسمة اقوى في استكمال المنفعة

## ( كتاب المزارعة )

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وهي مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه في الارض وفي الشرع ( هي ) اى المزارعة ( عقد على الزرع ببعض الخارج ) ويسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها اهل العراق القراح ( وهي ) اى المزارعة ( فاسدة ) عند الامام لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة بالثلث والربع والمخابرة هي المزارعة على لغة اهل المدينة والتخصيص بالثلث والربع للعادة في هذا الزمان لتمسا اذ الفساد ثابت في غيرهما ايضا ولهذا قيل في التعريف ببعض الخارج ولانها في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز ( وعندهما جائزة ) لانه عليه الصلاة والسلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة ماسة اليها لان صاحب الارض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجره والقادر على العمل لا يجد ارضا ولا ما يعمل به فدعت الحاجة الى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة ( وبه ) اى بقولهما ( يفتى ) لتعامل الناس وبمثله يترك خبر الواحد والقياس قال الامام الحصيري وابو حنيفة هو الذي فرع هذه المسائل على اصوله اى على قول من يجوز المزارعة كما في الاصلاح وفي المبسوط ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة وعلى اصول ابي حنيفة انه لو كان يرى جوازها لعلمه ان الناس لا يأخذون فيها بقوله لاحتياجهم اليها وتعاملهم بها ( ويشترط فيها ) اى في المزارعة عند من يجوزها ( صلاحية الارض للزرع ) لان المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونها صالحة للزراعة ( و ) يشترط ( اهلية العاقدين ) لانه لم يصح عقد بدون الاهلية ( و ) يشترط ( تعيين المدة ) لتصير المنافع معلومة

كسنة او اكثر فان ذكر وقت لا يمكن فيه من الزراعة فهي فاسدة وكذا ذكر مدة
لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا وجوزه بعض وعن محمد بن سلمة انها بلا ذكر
المدة جائزة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث ( و ) يشترط تعيين
( رب البـذر ) قطعا للمنازعة ( و ) يشترط تعيين ( جنسـه ) اى البذر ليصير
الاجر معلوما اذ الاجر بعض الخـارج ( و ) يشترط تعيين ( نصيب الآخر )
اى بيان نصيب من لا بذر من جهتـه لانه اجرة عمله او ارضه فلا بد ان يكون
معلوما ( و ) يشترط ( التخليـة بين الارض والعـامل ) لانه بذلك يتمكن من
العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد
ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح ( و ) يشترط ( الشركة
فى الخارج ) بعـد حصوله ليتحقق المعنى المق من المزارعة وهو الشركة لانهـا
تنعقد اجارة فى الابتـداء وشركة فى الانتهـاء ثم فرع على هذا الشرط بقوله
( فتفسـد ) اى المزارعة ( ان شرط لاحدهمـا ) اى لاحد العاقدين ( قفزان )
جمع قفيز ( معينة ) لاحتمال انقطاع الشركة عند اخراج الارض مقـدارا
مذكورا او قليلا فحينئـذ لا يوجد على ما عقد عليه وهو الاشتراك فيما يخرج
على الشيوع ( او ) شرط لاحدهما ( ما يخرج من موضع معين ) وكون الباقى
بينهما لانقطاع الشركة بان لا يحصل حبة الا من موضع مذكور ( كالماذيانات )
جمع ماذيان وهو معرب وهو اصغر من النهر واعظم من جدول ( والسواقى )
جمع سـاقية وهى فوق الجدول دون النهر كما فى المغرب فيكون الماذيان والساقية
من الالفاظ المترادفة وانما تفسـد المزارعة لاحتمال ان لا يخرج الا منها فيؤدى
الى قطـع الشركـة ( او ) شرط ( ان يرفع قدر البـذر ) لصاحب
البذر وكون البـاقى بينهما ( او ) شرط ان يرفع قدر ( الخراج ويقسم
ما بقى ) من قدر البـذر او قدر الخراج بينهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فى
بعض معين او فى الجميـع لاحتمال ان لا يخرج الا قدر البذر او الخراج والمراد من
الخراج الخراج الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة واما اذا كان
الخراج خراج مقـاسمة بان كان الموضوع عليهـا نصف الخراج او ثلثه او نحو
ذلك من الجزء الشـائع وان اشترطا رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدى الى قطع
الشركة ( او ) شرط ( ان يكون التبن لاحدهما والحب للآخر ) لانه يحتمل
ان تصيبه آفة لا تحصل بها الحب سوى التبن فيؤدى الى انقطاع الشركة فى المق
وهو الحب ( او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر ) لانه خلاف مقتضى
العقد ( او يكون التبن بينهما والحب لاحدهمـا ) بعينه لانه يؤدى الى قطع
الشركة فيما هو المق وهو الحب ( وان شرط كون الحب بينهما والتبن

(رب البذر او شرط رفع العشر) اى عشر الخارج والارض عشرية والباقي بينهما (صحت) المزارعة اما الاولى فتجوز الشركة او وجودها في الحق ولكون الباقي لصاحب البذر على ما يقتضيه حكم العقد لانه نماء البذر واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما (وان) شرط كون الحب بينهما و (لم يتعرض للتبن) لحصول الشركة فيما هو المرام (فهو) اى التبن (بينهما) وهذا قول مشايخ بلخ اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (وقيل) يكون التبن (لرب البذر) لانه نماء ملكه قال ابن النجيم في شرح الوقاية وفي ديارنا لصاحب البقر لكونه علفا له (واجر الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما) اى على العامل ورب الارض (بالحصص) لان الغرم بالغنم (فان شرط) الاجر (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد (وعن ابي يوسف انه) اى الشرط على العامل (يصح) للتعامل بين الناس اعتبارا بالاستصناع (وهو الاصح وعليه الفتوى) وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا (وشرطه) اى الاجر (على رب الارض مفسد اتفاقا) لعدم التعامل بذلك (وما) كان (قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان) وصلية (لم يشترط) لان ذلك موجب عقد المزارعة لانه عمل يزداد به الزرع ولا يستغني عنه وفي الهداية فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما قال في العناية لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر (للآخر) او كانت (الارض لاحدهما والبقية) من العمل والبذر والبقر (للآخر) او كان العمل (لاحدهما والبقية) من الارض والبذر والبقر (للآخر صحت) المزارعة في الكل اما الاولى فلان الاستئجار يقع على العمل هنا والبقر آلة للعامل كما يقع الاستئجار في الخياطة على الخياط ويعمل بابرته آلة لها واما الثانية فلان صاحب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج كاستئجارها بدراهم معلومة واما الثالثة فلان صاحب الارض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت) المزارعة لان رب البذر

يصير مستأجرا بالبذر وانه لايجوز لكون الانتفاع بالاستهلاك اويصير مستأجرا للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لايجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز لما فيه من العادة والقياس يترك به ( وكذا ) تبطل ( لو كان البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل للاخر ) لان الشرع لم يرد به ( او ) كان ( البذر لاحدهما والباقى ) وهو العمل والبقر والارض ( للاخر ) وانما بطلت لان العامل اجير فلايمكن ان يجعل الارض تبعاله لاختلاف منفعتهما وههنا صورة اخرى لم يذكرها وهى ان يكون البقر من واحد والباقى من اخر قالوا هى فاسدة لان ذلك استيجار البقر باجر مجهول اذلاتعامل فى استيجار البقر ببعض الخارج فلايعلم ماهو اجره بحسب التعامل وفى التنوير دفع رجل ارضه الى اخر على ان يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض اجر ويجب عليه اجر نصف الارض لصاحبها وكذلك تفسد لو كان البذر ثلثاه من احدهما وثلثه من الاخر والربع بينهما على قدر بذرهما ( واذا صحت ) المزارعة ( فالخارج على الشرط ) اى فالخارج على ماشرط من النصف اوالثلث اونحو ذلك لصحة الالتزام ( وان لم يخرج ) من الارض شئ ( فلاشئ للعامل ) لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولاشركة فى الخارج ( ومن ابى ) اى امتنع ( عن المضى ) على موجب عقد المزارعة ( بعد العقد اجبر ) من طرف الحاكم لانها انعقدت اجارة وهى عقد لازم ( الارب البذر ) فانه لايجبر عند الاباء فانه لايمكنه المضى الاباتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولايدرى هل يخرج ام لافصار نظير مالواستأجره ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل اجبر على العمل لانه لايلحقه به ضرر كما فى التبيين ( وان فسدت ) المزارعة ( فالخارج لرب البذر ) لما مر من انه نماء ملكه ( وللاخر اجر مثل عمله ) ان كان رب البذر صاحب الارض ( او ) اجر مثل ( ارضه ) ان كان البذر من قبل العامل ( ولايزاد ) اجر المثل ( على ماشرط ) اى على المسمى عند الشيخين لوجود الرضى كما فى الاجارة الفاسدة ( خلافا لمحمد ) فان عنده تجب بالغة مابلغت لان التسمية عند الفساد تكون لغوا وبه قالت الائمة الثلاثة ( وان فسدت ) المزارعة ( لكون الارض والبقر فقط لاحدهما ( لزم اجر مثلهما ) اى اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة الارض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم اجر مثلهما ( هو الصحيح ) احتراز عما قيل يغرم له مثل اجر الارض مكروبة واما البقر فلايجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلاينعقد العقد عليه لاصحيحا ولافاسدا ووجوب اجر المثل لايكون بدون انعقاد العقد

والمنافع لاتتقوم بدونه ( واذا فسدت ) المزارعة بوجه من وجوه الفساد ( والبذر لرب الارض فالخارج كله حلال له ) اى حل له قدر البذر والفضل لانه نماء ملكه ( وان ) فسدت والبذر ( للعامل ) لايطيب له الخارج بل ( تصدق بما فضل عن قدر بذره و ) قدر ( اجرة الارض ) لانه حصل من بذره لكن في ارض مملوك للغير بعقد فاسد فاوجب خبثا فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل كما في الاختيار ( واذا ابى رب البذر عن المضى وقد كرب العامل الارض ) اى قلبها للحرث ( فلاشئ له ) اى للعامل في عمل الكراب ( حكما ) اى قضاء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لايجب شئ ( ويسترضى ) اى الآبى في عمله ( ديانة ) على وجه يمكن اذ الغرور في الكراب من جانب الآبى ( وتبطل المزارعة بموت احدهما ) اى احد العاقدين ( وتفسخ بالاعذار كالاجارة ) وقدمر الوجه في الاجارات ( وتفسخ ) المزارعة ( ان لزم دين محوج الى بيع الارض ) بان لم يقدر على قضائه الا ببيع الارض ( قبل نبات الزرع ) لان ذلك عذر وهى تفسخ بالاعذار ( لابعده ) اى لابعد نبات الزرع ( مالم يحصد ) اى لونبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به قال صاحب الدرر ولودفعها ثلث سنين فلما نبت في الاولى ومات صاحب الارض قبل ادراكه ترك الزرع في يد المزارع وقسم على الشرط وبطلت المزارعة في السنتين الاخريين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفي القطع ابطالا لحق العامل اصلا فكان الابقاء اولى واما في الاخريين فلاحاجة الى الابقاء اذلم يثبت الحق للمزارع في شئ بعد فعملنا بالقياس ( ولاشئ للعامل ان كان كرب الارض اوحفر النهر ) لان المنافع لاتتقوم الا بالعقد وتقومها بالخارج فلاخارج ( وان تمت مدتها ) اى المزارعة قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك الزرع ويستحصد لان في قلعه ضررا فيبقى باجر المثل الى ان يستحصد وتجب على غيرا صاحب الارض بحصته من الاجرة ( ونفقة الزرع ) ومؤنة الحفظ وكرى الانهار ( عليهما ) اى على المتعاقدين ( بقدر حصصهما ) اى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستاجر في المدة فاذا مضت انتهى العقد فتجب عليهما لانه مال مشترك بينهما ( وايهما انفق بغير اذن الاخر ولاامر قاض فهو متبرع ) لان كل واحد منهما غير مجبور على الانفاق ولايقال هو مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانه

يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار كالدار المشتركة ( وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا ) لما فيه من الاضرار بالمزارع ( وان اراد المزارع ذلك ) اى اخذ الزرع بقلا ( قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما اواعط نصيبه ) اى المزارع ( اوانفق ) انت ( على الزرع وارجع فى حصته ) اى ارجع عليه بما انفقته فى حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لايجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود النهى نظر للعامل وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر كما فى الهداية ( ولومات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك ) لان العقد ثمه يبقى فى مدته وموجبه عليه الى ادراكه وحصاده ( وان مات العامل ) والزرع بقل ( فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد فله ) اى للوارث ( ذلك ) اى ان يعمل مكانه نظرا للورثة ( وان ) وصلية ( ابى رب الارض ) ولا اجر للوارث بمقابلة عمله لانه قام مقام العامل وهو لايستحق الاجر فى المدة كان الوارث ورثه مع مالزم عليه من العمل فان اراد الوارث قلع الزرع لم يجبر على العمل والعامل على الخيارات الثلث لمابينا لكن اورجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذالعمل على العامل مستحق لبقاء العقد كما فى الكفاية وفى التنوير الغلة فى المزارعة مطلقا اى صحيحة اوفاسدة امانة فى يد المزارع فلاضمان اوهلكت ومثله المعاملة واذاقصر المزارع فى سقى الزرع حتى هلك الزرع لم يضمن فى الفاسدة ويضمن فى صحيحه

## ( كتاب المساقاه )

لايخفى عليك انه كان المناسب ان يقدم المساقاة على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام باهل خيبر غيران اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة من المزارعة كمافى النتف وانما آثر على المعاملة التى هى لغة اهل المدينة لانها اوفق بحسب الاشتقاق ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى فالتفرقة من الظن كما فى القهستانى (هى دفع الشجر الى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره ) اى الشجر ( وهى ) المساقاة ( كالمزارعة حكما ) حيث يفتى على صحتها ( وخلافا) حيث تبطل عندالامام (وتصح عندهما ) كالمزارعة وبه قالت الائمة الثلاثة ( وشروطا ) يمكن شروطها فى المساقاة كذكر نصيب العامل والشركة فى الثمر والتخلية بين العامل والشجر واما بيان البذر ونحوه فلايمكن فى المساقاة ( الاالمدة فانها ) اى المساقاة تصح بلاذكرها

اى بلابيان المدة استحسانا تأقت لادراك الثمر وقته معلوما وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ماهو المتيقن به وادراك البذر فى اصول الرطبة فى هذا عنزلة ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع فى ظاهر الرواية لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة الفاحشة قال صاحب المنح وغيره وشروطها الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه اذ لاضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفى المزارعة باجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفى المزارعة بقيمة الزرع والرابع مابين فى المتن (وتقع) مدة المساقاة (على) مدة (اول ثمرة تخرج) فى هذه السنة فاول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم واخرها وقت ادراكه المعلوم فيجوز وفى المنح والفتوى على انه يجوز وان لم يبين المدة فتكون له ثمرة واحدة فلو لم يخرج فيها انقضت المساقاة (و) تقع (فى الرطبة على ادراك بذرها) اى دفع الرطبة لادراك البذر كدفع الشجر لادراك الثمر يعنى اذا دفعها بعد ماانتهى نباتها ولم يخرج بذرها فيقوم عليها ليخرج البذر فهو جائز كما فى القهستانى (ولو دفع نخيلا او اصول رطبة ليقوم عليها) معناها حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها لانه لا يعرف متى ذلك (او اطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى يذهب اصولها (فسدت) المعاملة لانه لا يعلم وقت اول جزء منها حتى لو عرف جاز كما لو اطلق فى النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى (ويفسدها) اى المساقاة (ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها) اى فى المدة لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج فللعامل اجر المثل (وان احتمل خروجها) اى خروج الثمر فيها (وعدمه) اى عدم خروجها فيها (جازت) المساقاة لاحتمال حصول الحق (فان خرج الثمر فيها) اى فى المدة (فعلى الشرط) الذى شرطاه (لتحقق المرام) (وان تأخر عنها) اى عن المدة (فسدت) المساقاة (وللعامل اجر مثله) لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم فى الابتداء كما فى الهداية وفى المنح كلام فان شئت فارجع اليه (وكذا) اى للعامل اجر مثله (كل موضع فسدت) المساقاة (فيه) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة (وان لم يخرج شئ) من الثمر (فلا شئ له) اى للعامل بناء على جواز ان لا يخرج الى الاخرة سماوية فلم يتبين الخطأ فى المدة وفى القهستانى هذا عند ابى يوسف (والا له اجر المثل ويصح المساقاة فى النخل والكرم والشجر والرطاب) يعنى البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما (واصول الباذنجان) عندنا لحاجة الناس فى كلها لا فى بعضها واعاد ذكر الشجر هنا مع انفهامه مما سبق وذكر النخل

مع دخوله في الشجر ردا للشافعي اذ عنده لا يجوز في الشجر ويجوز في النخل والكرم لوقوع الاثر فيهما لا في غيرهما (فان كان في الشجر ثمر ان كان الثمر يزيد بالعمل صحت) المساقاة (والا) اى ان لم يزد بالعمل بان انتهى الثمر (فلا) تصح لان العامل لا يستحق الاجر الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل (وكذا في المزارعة اذا دفع ارضا فيها بقل) فانها تجوز وان استحصد وادرك لم تجز لما قررناه قبله والاصل ان المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل العامل لا تصح وانما يعرف خروج الاشجار عن حد الزيادة اذا بلغت واثمرت كما في المنح (وما قبل الادراك كالسقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل) لانه من تمام عمله (وما بعده) اى بعد الادراك (كالجذاذ) اى القطع (والحفظ) بعد الجذاذ (فعليهما) لان الثمر بعد الادراك صار ملكا مشتركا فيه فيشتركان في نحو هذا العمل بقدر الحصص (ولو شرطه) اى ما يعمل بعده (على العامل فسدت) المساقاة (اتفاقا) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة الآخر فيكون مفسدا (وتبطل) المساقاة (بموت احدهما) اى احد العاقدين (فان كان الثمر خاما) اى نيا لكن في الفرائد كلام ان شئت فارجع اليه (عند الموت او تمام المدة) على تقدير ذكر المدة فيها (يقوم العامل او وارثه عليه) كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية ان مات الدافع في حال ان الثمر نيء يقوم العامل عليه كما قام وان مات العامل والثمر نيء يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه (وان) وصلية (ابى الدافع) على كونه حيا (او ورثته) ان ميتا اى ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على ورثته (فان اراد) العامل (صرمه) اى قطعه (بسرا) والمناسب ان يقول نيا (خير الآخر) ان حيا (او وارثه) ان ميتا (بين ان يقسموه) اى البسر (على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه) اى نصيب العامل من البسر (او ينفقوا على البسر (حتى يبلغ ويرجعوا عليه) بما انفقوا في حصة العامل من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم (كما مر في المزارعة) على هذا الوجه وقد بينا ههنا وجه الخيار فيها فلا نعيد (ولا تفسخ) المساقاة (بلا عذر) لان المساقاة تنعقد اجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الاجارة به (ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر) وفي الهداية ومن الاعذار مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه

ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وأول احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (وكذا كونه) اى العامل (سارقا يخاف منه على الثمر او السعف) قبل الادراك لانه لزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به (واودع فنادا) اى ارضا بيضاء الى رجل (مدة معلومة لمن يغرس) فيها شجرا (لتكون الارض والشجر بينهما لا يصح) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله (والشجر) الذى يغرس (لرب الارض) لوقوع الغرس بالتراضى فيتبع الارض لاتصاله بها (وللغارس قيمة غرسه و) اجر مثل (عمله) لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض او نصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه اجر مثله قيل حيلة الجواز ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستأجر صاحب الارض العامل ثلث سنين مثلا لشئ قليل ليعمل فى نصيبه وفى الدرر ذهبت الريح بنواة رجل والقتها فى كرم آخر فنبت منها شجرة فهى لصاحب الكرم وكذا لو وقعت خوخة فى ارض غيره فنبتت وفى المنح دفع كرمه معاملة بالنصف ثم زاد احدهما على النصف ان زاد صاحب الكرم لا يجوز لانه هبة مشاع وان زاد العامل يجوز لانه اسقاط

## (كتاب الذبائح)

وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (الذبيحة اسم لما يذبح) مجازا باعتبار ما يؤول لان الذبيحة اسم لما ذبح او المعد للذبح كما فى شرح الكرماني وفى القهستانى والذبيحة ما يستذبح بين الاسم فانه منتقل الى الاسمية من الوصفية اذ الذبيح اسم ما ذبح فليس الذبيحة المذكاة كما ظن والمراد ذبح الذبائح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) جمع ودج والمراد الودجان والحلقوم والمرئ وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا كما ورد فى الحديث قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم المذبوح والذبح بالفتح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج وبالكسر اسم كالذبيحة والذكاة الذبح وهى اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها قال حرم ذبيحة لم تذك فقيل يراد بالذبيحة معناه المجازى فالمعنى حرم حيوان من شأنه الذبح اذا لم تذبح فيخرج السمك والجراد اذ ليس من شأنهما الذبح وقيل يراد بها معناها الحقيقى فالمعنى حرم مذبوح لم تذك بمعنى لم يذكر اسم الله تعالى عليه فهذا لا يتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما تناولا ظاهرا وقيل المعنى حرم مذبوح لم تذبح ذبحا شرعيا فحينئذ يفهم حرمة مثل المتردية والنطيحة بطريق

الدلالة فان ما كان حراما اذا لم يذبك حال كونه مذبوحا فحرمة مالم يذبك حال عدم كونه مذبوحا احرى والبق وحكمه الى الذهن اسبق لكن لايخرج منه السمك يقال حمل الذبيحة على معناها المجازى اولى من الحمل على معناها الحقيقى اذفى تناول الحقيقى لحرمة بعض الصور تكلف وفى اخراج مالم يذبح منه تعسف (وتحل ذبيحة مسلم وكتابى ذمى اوحربى) اما المسلم فلقوله تعالى الاماذكيتم والخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاتهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اى كافر كان وفى المنح المولد بين كتابى ومجوسى تحل ذكاته وفى التجريد ولو اهل نصرانى على ذبيحته بغير اسم الله تعالى فيسمع كلامه لم توكل ومن لم يشاهد ذبحه منهم حل اكل ذبيحتهم لكن فيه كلام قد قررناه فى النكاح (ولو) كان الذابح (امرأة اوصبيا اومجنونا يعقلان) حل الذبيحة بالتسمية ويضبطان شرائط الذبح ويقدران على الذبح والاصلاح فمن لا يعقل ولايضبط لاتحل ذبيحته (او) كان الذابح (اخرس) لان الاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقام تسميته كالناسى بل اولى (اواقلف) وانماذكر الاقلف مع ان حل ذبيحته يفهم مماسلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لاتجوز منعا عن ترك الختن بلاعذر (لا) تحل (ذبيحة وثنى) لانه مشرك كالمجوس وهو الذى يعبد الوثن وهو الصنم هذا عندهما واما عنده تحل لكن لاخلاف حقيقة على مامر فى النكاح (اومجوسى) لانه مشرك ليس له احتمال ملة التوحيد (اومرتد) لانه لاملة له حيث ترك ماعليه ولم يقر على ماانتقل اليه عندنا بخلاف اليهودى اذا تنصر اوبالعكس اوتنصر المجوسى اوتهود لانه يقر على ماانتقل اليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح حتى لو تمجس يهودى اونصرانى لايحل صيده ولاذبيحته (اوتارك التسمية) حال كونه (عمدا) مسلما كان اوكتابيا عندنا لقوله تعالى ولاتأكلوا ممالم يذكر اسم الله عليه خلافا للشافعى لقوله تعالى الاماذكيتم قال ابو يوسف والمشايخ على ان متروك التسمية عامدا لايسع فيه الاجتهاد ولوقضى القاضى بجوازبيعه لاينفذ وفى شرح الوقاية لصدر الشريعة تفصيل ولحاشيته للاخر مناقشة فليراجعهما وفى الهداية لكونه مخالفا للاجماع وفى القهستانى وفيه اشعار بان التسمية شرط الحل ويدخل فيه كل اسم من اسمائه تعالى فلوقال الله اوغيره مريدا له جاز فلوسمى ولم ينو الذبح لم يحل وخالان بسم الله والمستحب عند البقالى بسم الله والله اكبر وكذا عند الحلوانى الا انه كرهه مع الواو ولكن المنقول عن الاثر بالواو فلايكره وانما حل الاكل اذا سمى على الذبيحة لانه

يسمى عند الذبح لافتتاح عمل لم يحل لما في التنوير ولو سمى ولم تحضره النية
او سبح بخلاف ما لو قصد بالتسمية التبرك في ابتداء الفعل فانه لا يصح كما لو قال الله
اكبر واراد به متابعة المؤذن فانه لا يصير شارعا في الصلوة وان لم يكن
له نية في التسمية يحل وكذا اذا وصل بينه وبين التسمية بعمل كثير لم يحل وكذا
لو سمى وذبح لقدوم الامير اوغيره من العظماء لا يحل لانه ذبح تعظيما له لا لله
تعالى بخلاف ما اذا ذبح للضيف فانه لله تعالى (فان تركها) اى التسمية (ناسيا
تحل) ذبيحته لان النسيان من نوع حكمه خلافا لمالك (وكره) المذبوح
(ان يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلا دون عطف) مثل ان يقول بسم الله محمد
رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن
يكره لوجود القران والوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل قيل هذا اذا كان
يعرف النحو اكل ذبيحتهم (و) كره (ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان)
فانه لا يحرم لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكنه يكره
في ا ناقبيله (فان قاله) اى قوله اللهم تقبل من فلان (قبل الاضجاع) او بعد
لما ذكر (او) قبل (التسمية او بعد الذبح لا يكره) لما روى عن النبي عليه
الاضجاع السلام انه اذا اراد ان يذبح اضحيته يقول هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين
بسم الله والله اكبر كما قررناه في الحج ثم يذبح ويقول بعده اللهم تقبل هذا
من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ (وان عطف حرمت ذبيحته
(نحو بسم الله وفلان بالجر) قال العيني في شرح الكنز والاوجه ان لا يعتبر
الاعراب بل يحرم اكل الذبيحة مطلقا بالعطف نحو ان يقول بسم الله واسم فلان
او بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل واختلفوا
في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة (وكذا) يحرم (ان اضجع
شاة وسمى) ثم تركها ولم يذبحها (وذبح غيرها) اى غير الشاة (بتلك التسمية)
لان التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة ولم تقع على الثانية فيحرم (وان
ذبحها) اى الذبيحة الاولى (بشفرة اخرى حلت) لانه لا اعتبار باختلاف
الآلة هنا (وان رمى الى صيد وسمى فاصاب) السهم (غيره) اى غير ذلك الصيد
(اكل) لان التسمية هنا على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه
هو الرمي دون الاصابة على ما قصده (وان سمى على سهم ورمى بغيره) اى بغير
ذلك السهم الذي سمى عليه (لا يؤكل) لانه لم يعلق التسمية على ذلك الغير وكان
رميه بلا تسمية (والارسال) اى ارسال الكلب والجارح (كالرمي) حكما فلو ارسل كلبه
الى صيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة

بخلاف ما اذا ارسل كلبا وسمى ثم ترك وارسل آخر فاصاب لايؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط وفى المنح ويشترط التسمية حال الذبح وفى الرمى عند الرمى وفى الارسال عند الارسال والمعتبر الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس ( والشرط ) فى التسمية ( الذكر الخالص ) المجرد عن شوب الدعاء وغيره قال ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ثم فرعه بقوله ( فلو قال ) عند الذبح ( اللهم اغفرلى لاتحل ) لانه دعاء وسؤال ( وبالحمد لله وسبحان الله ) يريد به التسمية ( يحل ) لانه ذكر خالص فيقوم مقام التسمية ( لا ) يحل فى الاصح ( لوعطس ) عند الذبح ( وحمد له ) لانه يريد الحمد لله على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة اذا نوى لان المذكور ذكر الله تعالى مطلقا وفى الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح وفى المنح وفى قواعد صاحب البحر واما النية فى الخطبة للجمعة فشرط صحتها حتى لوعطس بعد صعود المنبر فقال الحمد لله للعطاس غير قاصد لها لم تصح ( والسنة نحر الابل ) اى قطع عروقها الكائنة فى اسفل عنقها عند صدورها لان موضع النحر عنها لالحم عليه وماسوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ فالنحر اسهل من الذبح ( وذبح البقر والغنم ) لان اسفل الحلق واعلاه سواء فى اللحم منهما والذبح ايسر ( ويكره العكس ) اى ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتوارثة لقوله تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر اى انحر الجزور ( ويحل ) لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وانهار الدم والسنة ان ينحر البعير قائما ويذبح الشاة مضطجعة وكذا البقر ( والذبح ) اى قطع اوداج ( بين الحلق ) هو الحلقوم على مافى النهاية ( واللبة ) بفتح اللام والباء المشددة هى المنحر من الصدر على مافى الكافى والهداية موافقا لرواية المبسوط وفى الخانية محل الذكوة الحلق كله لقوله عليه السلام الذكوة مابين اللبة واللحيين وهو الموافق لرواية الجامع الصغير انه لابأس بالذبح فى الحلق اعلاه واسفله واوسطه وعن هذا قال ( اعلى الحلق او اسفله او اوسطه ) فيكون عطف بيان لقوله بين قال ابو المكارم وفى الكافى ان ما بينهما هو الحلق كله وقد سبق ان الحلق هو الحلقوم فظهر فساد مافى الكفاية من ان مقتضى رواية الجامع ان الذبح اووقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا لكونه مابين اللبة واللحيين وقد صرح فى الذخيرة ان الذبح اذا وقع فى اعلى من الحلقوم لايحل انتهى لكن قال القهستانى والحلق فى الاصل الحلقوم استعمل فى بعض العنق بعلاقة الجزئية لقرينة رواية المبسوط والذخيرة وكلام التحفة والعتابى والكافى والمضمرات يدل على ان الحلق

يستعمل فى العنق بصلاة بجارية بقرينة رواية الجامع فالمعنى عن مبدأ الحلق واللبة فالذبح عند الاولين من العقدة وعند الآخرين من اصل العنق فى الطن الفاسد افساد كلام الكفاية بناء على كلام الآخرين مع انه محله على خلاف مراد . حيث نقله هكذا مقتضى رواية الجامع ان الذبح لو وقع فى اعلى من الحلقوم كان المذبوح حلالا وكلامه هكذا هذه الرواية تقتضى ان يحل وان وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة واوجل بن يحيى فى كافى الكرمانى لم يستقم كالابخفى ( وقيل لايجوز فوق العقدة ) وانما اتى بصيغة التمريض لمخالفته ظاهر الحديث الذى مر آنفا ( والعروق ) اى عروق الذبح الاختيارى كما فى اكثر الكتب لكن لعيد بل الاولى عروق الحلق فى المذبح كما فى القهستانى ( التى تقطع فى الذكوة ) اربعة ( الحلقوم ) مجرى النفس والمرئ مهموز اللام فعيل مجرى الطعام والشراب اصله رأس المعدة المتصلة بالحلقوم كما فى الديوان وغيره لكن فى الطلبة ان الحلقوم مجرى الطعام والمرئ مجرى الشراب وفى العينى ان الحلقوم مجريهما وفى المبسوطين انهما عكس ماذكرنا موافق لما فى الهداية فانه قال واما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس ( والودجان ) تثنية ودج بفتحتين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرئ ( ويكفى قطع ثلثة منها ) اى من الاربعة ( اياكانت ) عند الامام لان الاكثر حكم الكل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ماسيأتى ( وعند محمد ) كما فى المحيط وغيره وفى الهداية ( وعن محمد لابد من قطع اكثر كل واحد منها ) اى من اربعة وهو رواية ( عن الامام ) لان كل واحد منها منفصل عن الآخر والامر ورد بقطعه فقام الاكثر مقام الكل ( وعند ابى يوسف لابد من قطع الحلقوم والمرئ ) ولايكتفى بواحد منهما ( واحد الودجين ) لان كلا منهما مخالف للآخر ولابد من قطعهما واما الودجان فالمق من قطعهما انهار الدم فيوت احدهما عن الآخر وعند الشافعى قطع الودجين ليس بشرط وعند مالك لابد من قطع الكل ( وقيل محمد معه ) اى مع ابى يوسف وفى الهداية المشهور فى كتب اصحابنا ان هذا قول ابى يوسف وحده وكون محمد معه رواية القدورى فى مختصره ( ويجوز الذبح بكل ماافرى الاوداج ) اى قطع العروق واخرج مافيها من الدم لان المراد من الاوداج ههنا كل الاربعة تغليبا ( وانهر الدم ) يعنى اساله من نهر الماء فى الارض سال ( ولو ) وصلية ( مروة ) بكسر الميم اى يجوز الذبح بها وهى حجرا بيض يذبح بها كالسكين ( اوليطة ) بكسر اللام وسكون الياء هى قشر القصب ( اوسنا اوظفرا منزوعين ) اذ بهما تحل الذبيحة مع

الكراهة عندنا لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت ( لا ) تحل ( بالقائمين ) اى متصلين بموضعهما وعند الشافعى الذبيحة ميتة ولو كانا منزوعين لقوله عليه السلام ماخلا الظفر والسن واما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة ونحن نحمله على غير المنزوع فانه الصادر من الحبشه ( وندب احداد الشفرة قبل الاضجاع ) لورود الاثر وان يضجع بالرفق وعلى اليسار ويوجه الى القبلة ويشد منها ثلث قوائم فقط ويذبح باليمين ويسرع على الذبح واجراء الشفرة على الحلق ( وكره بعده ) اى بعد الاضجاع اشفاقا على المذبوح ( وكذا كره جرها برجلها ) اى الذبيحة ( الى المذبح ) ارفاقا لها ( والنخع ) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة لزيادة الم بلاحاجة اليه وقيل ان يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان يسكن من الاضطراب ( و ) كره ( قطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد والذبح من القفاء ) اذ هو عذاب فوق العذاب ( وتحل ) الذبيحة لو ذبحها من القفاء ( ان بقيت حية حتى قطعت العروق ) ليتحقق الموت بما هو ذكوة كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج ( والا ) اى ولم تبق بل ماتت قبل قطع العروق فلا تحل ولا تؤكل لوجود ماليس بذكوة كالو ماتت حتف انفها ( ولزم ذبح صيد استأنس ) كالظبى اذا تألف فى البيت فانه يذبح لامكانه ( وجاز جرح نعم ) بفتحتين مثل الغنم والابل والبقر ( توحش ) بان ند عن اهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان الذكوة الاختيارية تعذرت فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد ( اوتردى ) حيوان فى بئر اذا لم يكن ذبحه فانه يجرح ويؤكل اذا علم بموته من الجرح والا لا وان اشكل ذلك اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف بموتها صارت ذكوتها الجرح ثم ان المص اطلق الجواب فيما توحش من الغنم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاه اذا ندت فى المصر لاتحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر وقال مالك يلزم الذبح فى الوجهين لا الجرح لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر فى الاحكام ( ولا يحل الجنين بذكوة امه اشعر اولا ) حتى لو نحر ناقة اوذبح بقرة اوشاة فخرج من بطنها جنين ميت لم تؤكل عند الامام وزفر وحسن بن زياد لانه مستقل فى حيوته فيشترط فيه ذكوة استقلالية ( وقالا يحل ان تم خلقه ) لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه وبه قالت الائمة الثلاثة

## ( فصل )

فيما يحل اكله وما لا يحل ( ويحرم اكل كل ذى ) اى صاحب ( ناب )

هو حيوان يذهب بالناب كالذئب من سبع فوكل جارح منتهب قاتل (او) يحرم كل ذي (مخلب) مختطف بالمخلب كالبازي من الطير فكان من شأنهما الايذاء بالناب والمخلب. وهو المؤثر في الحرمة وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (اوطير) بيان لقوله ذي مخلب والمراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي ناب ومخلب فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب لما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهى صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير (واو ضبعا او ثعلبا) لانهما من السباع فلا يؤكل لحمهما كالذئب والنمر والفهد والكلب والسنور اهليا او بريا فيكون الحديث حجة على الائمة الثلاثة في اباحة اكلهما (و) يحرم اكل (الحمر الاهلية) لما روى ان النبي عليه السلام حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر بخلاف الوحشية فانها يحل اكلها وعند مالك يحل ايضا في الاهلية (والبغال) لانه متولد من الحمار وان كانت امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحوم الخيل وان كانت امه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول (والفيل) لانه ذو ناب (والضب) لانه من السباع خلافا للائمة الثلاثة (واليربوع وابن عرس) يقال لها بالفارسية راسو لانهما من سباع الهوام خلافا للشافعي (والزنبور) لانه من المؤذيات (والسلحفاة) البرية والبحرية لانهما من الخبائث (والحشرات) الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفارة والوزغة وسام ابرص والقنفذ والحية والضفدع والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماروي من اباحة الضب محمول على الابتداء قبل تحريم الخبائث فالمؤثر في الحرمة الخبث الخلقي كما في الهوام او بعارض كما في الجلالة كبقرة تتبع النجس قيل الحكمة في حرمة هذه الحيوانات كرامة بني آدم كيلا يتعدى شيء من الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل وفي الجواهر لا بأس بدود الزنبور قبل نفخ الروح فيه لان ما لا روح له لا يسمى ميتة واعلم ان الحشرات محرمة عندنا حلال مكروه عند غيرنا وان شاة او جملت من كلب ورأس ولدها رأس الكلب اكل الا رأسه ان اكل العلف دون اللحم او صاح صياح الغنم لا الكلب واتى بالصوتين وكان له الكرش لا الامعاء كما في القهستاني (ويكره الغراب الابقع) الذي يأكل الجيف (والغداف) بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفي اخره فاء نوع من الغراب لاكلهما الجيف (والرخم) جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة (والبغاثا) وهو طائر صغير اشبه

العصفور لانهما يأكلان الجيف (و) يكره اكل لحم (الخيل تحريما) اى كراهة تحريم عند الامام (فى الاصح) كما فى الخلاصة والهداية وهو الصحيح كما فى المحيط وغيره وهو قول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبه قال مالك لانه عليه السلام نهى عن لحم الخيل والبغال والحمير كما فى الكرمانى وغيره وحكى عن عبد الرحيم الكرمينى انه قال كنت مترددا فى هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة فى المنام يقول لى كراهة تحريم ياعبدالرحيم وقيل انه رجع قبل موته بثلثة ايام عن حرمة لحمه وعليه الفتوى كما فى كفاية البيهقى ثم انه مكروه كراهة تنزيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح على ماذكره فخر الاسلام وغيره (وعندهما) والشافعى واحمد (لايكره الخيل) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه انه قال واذن فى لحم الخيل يوم خيبر (وحل العقعق) لانه يخلط فى اكله فاشبه الدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول اصح (وغراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث فحاصله ان الغراب ثلثة انواع نوع يأكل الحب فقط وهو ليس بمكروه ونوع يأكل الجيف فقط وهو مكروه ونوع يأكل الحب مرة والجيف اخرى وهو غير مكروه عند الامام ومكروه عند ابى يوسف (والارنب) لانه عليه السلام امر اصحابه ان يأكلوه حين اهدى اليه مشويا وكذا الوبر كما فى شرح الكنز للعينى وفى النهاية وذكر فى بعض المواضع ان الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها لايؤكل لان له نابا (ولايؤكل من حيوان الماء) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء عندنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (الا السمك بانواعه) غير الطافى وقال مالك وجماعة باطلاق جميع مافى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى انه اطلق ذلك كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى لايسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيماتلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل والميتة المذكورة فيماروى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال (كالجريث) بكسر الجيم وتشديد الراء نوع من السمك غير المارماهى (والمارماهى) وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء فى كونهما من جنس السمك ولمكان الخلاف فيهما لمحمد

ذكره صاحب المغرب وما قيل ان الحرث كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته
فمسخه الله تعالى به فممنوع لان الممسوخ لا نسل له ولا يبقى باقيا بعد ثلثة ايام
وان المارماهي ولد من الحية ليس بواقع بل هو جنس شبيه بها صورة
( ولا يؤكل الطافي منه ) هو السمك الذي يموت في الماء حتف انفه بلا سبب
ثم يعلو فيظهر حتى اذا انحسر عنه الماء يجوز اكله لقوله عليه السلام ما انحسر
عنه الماء فكل وروى عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء
فمات لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء فمات يؤكل اذ هذا سبب لموته وفي الفتاوى
الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف
وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الشافعي ومالك لا بأس به
لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر
رضي الله تعالى عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا
وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا ( وان مات بحر او برد او في كدر الماء
ففيه روايتان ) في رواية يؤكل لوجود السبب لموتها وفي المنح وقال محمد يحل
اكله وبه اخذ ابو الليث وعليه الفتوى وفي اخرى لا لان الماء لا يقتل السمك
حارا او باردا وبه اخذ السرخسي وفي الدرر وان ضرب سمكة فقطع بعضها
يحل اكل ما ابان وما بقي لان موته بسبب وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته
حلال للحديث وكذا ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب
لموتها وكذا ان ابتلعها شيء من طير الماء او ماتت في جب ماء او جمعها في حظيرة
لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لان ضيق
المكان سبب لموتها واذا ماتت في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل
شيئا القاه في الماء لتأكله فماتت منه او ربطها في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت
بين الجمدات يؤكل وفي المنح اذا رمى صيدا فقطع عضوا اكل الصيد دون
العضو ولو قطعه نصفين اكلا انتهى ( ويحل هو ) اي السمك ( والجراد
بلا ذكاة ) لما رويناه لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف
انفه بخلاف السمك وعند مالك لا بد من موت الجراد من سبب وبه قال احمد
في رواية وعن مالك بعد قطع رأسه وشيه ( ولو ذبح شاة لم تعلم حياتها
فتحركت او خرج منها ) اي من الشاة ( دم ) من غير تحرك ( حلت ) اكلها
لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي وذكر محمد في مقاتل ان خرج الدم
ولم تتحرك لا يحل ( والا ) اي ان لم تتحرك او لم يخرج الدم ( فلا ) تحل ان لم تعلم
حياته وقت الذبح ( وان علمت ) حياته وقت الذبح ( حلت مطلقا ) اي على
كل حال قال العيني في شرح الكنز ولو ذبح شاة مريضة لم تتحرك منها الا فوه في

قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان فتحت عينيها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها اكلت وفي الذخيرة سمكة في سمكة فان كانت المظروفة صحيحة حلتا والا حل الظرف لا المظروف

## ( كتاب الاضحية )

عقب به الذبائح لانها كالمقدمة له اذ بها تعرف التضحية اى الذبح من ايام الاضحى وهى افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء ويجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة ويجمع على ضحايا كهدية على هدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشرع هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها الاسلام واليسار الذي يتعلق به صدقة الفطر فتجب على انثى وسببها الوقت وهو ايام النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحها وحكمها الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب في العقبى ( هى ) اى الاضحية ( واجبة وعن ابى يوسف سنة ) مؤكدة وهو قول الشافعي واحمد ( وقيل هو ) اى كونها سنة ( قولهما ) يعنى ذكر الطحاوى انها واجبة عند الامام سنة عندهما ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا هذا وعيد يلحق بترك الواجب ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحى منكم شاة فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا اذ التعليق بالارادة ينافي الوجوب لكن المراد من الارادة القصد الذى هو ضد السهو لا التخيير لانه لا تخيير بين الاداء والترك فكانه صرح به وقال من قصد منكم ان يضحى وهذا لا يدل على نفي الوجوب فصار هذا نظير قوله عليه السلام من اراد منكم الجمعة فليغتسل لم يرد التخيير هناك فكذا هنا وانما تجب التضحية دون الاضحية لما تقرر من ان الوجوب من صفات الفعل الا ان القدوري ومن تبعه قال ذلك توسعة ومجازا والمراد بالوجوب الوجوب العملي لا الاعتقادي حتى لا يكفر جاحدها كما في المنح ( على حر ) فلا تجب على العبد ( مسلم ) فلا تجب على الكافر ( مقيم ) فلا تجب على المسافر لقول على رضى الله تعالى عنه ليس على مسافر جمعة ولا اضحية وعن مالك لا يشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى

والوادى ( موسر ) لان العبادة لاتجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير
ومقداره ماتجب فيه صدقة الفطر وقوله ( عن نفسه ) يتعلق بقوله تجب
لانه اصل فى الوجوب عليه ( لاعن طفله ) اى اولاده الصغار فى ظاهر الرواية
لكونها قربة محضة ولاتجب على الغير بسبب الغير ( وقيل ) اى فى رواية
الحسن عن الامام ( تجب عنه ) اى عن الطفل ( ايضا ) اى كنفسه لكونها
قربة مالية والطفل فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر ( وقيل يضحى
عنه ) اى عن الطفل ( ابوه اووصيه من ماله ) ان كان له مال ( فيطعم )
الطفل ( منها ماامكن ) الاطعام بقدر الحاجة ( ويستبدل بالباقى ماينتفع به
مع بقائه ) كالثوب والخف ولايستبدل بما ينتفع به بالاستهلاك كالخبز والادام
لان الواجب هو اراقة الدم والتصدق باللحم تبرع وهو لايجوز فى مال الصبى
فينبغى ان يطعم الطفل ويدخر له ويستبدل الباقى بالاشياء التى ينتفع الطفل بها
مع بقاء اعيانها اعتبارا بجلد الاضحية وفى الهداية وان كان للصغير مال يضحى
عنه ابوه اووصيه من ماله عند الشيخين وقال محمد وزفر والشافعى من مال
نفسه لامن مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لاتجوز
التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لما قررناه قبله والاصح ان يضحى
من ماله يأكل منه ماامكنه ويبتاع بما بقى ماينتفع بعينه ( وهى ) اى الاضحية
( شاة ) تجوز من فرد فقط ( اوبدنة ) تجوز من واحد ايضا ( اوسبع )
بضم السين يعنى واحد من السبع ( بدنة ) بيان للقدر الواجب والقياس
ان لاتجوز البدنة الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة والقربة لاتتجزى
الا انا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص فى الشاة فيبقى على
اصل القياس ثم اراد تفسير قوله اوسبع بدنة فقال ( بان اشترك المضحى مع
ستة فى بقرة اوبعير وكل ) واحد منهم ( يريد القربة وهو ) اى كل واحد
منهم ( من اهلها ) اى اهل القربة بكونهم مسلمين ( ولم ينقص نصيب احدهم
عن سبع ) ثم فرعه فقال ( فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان كافرا
اونصيبه ) اى نصيب احدهم ( اقل من سبع لايجوز عن واحد منهم ) لما مر
ان وصف القربة لايتجزى حتى اذامات رجل وترك امرأة وابنا وبقرة
فضحياها يوم العيد لايجوز فى نصيب المرأة لانه اقل من السبع وكذا لايجوز
فى نصيب الابن لانعدام وصف القربة فى البعض وقال مالك تجوز البدنة
عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولاتجوز عن اهل بيتين وان كانوا
اقل منها ( وتجوز اشتراك الاقل من سبعة ولو ) كانت البدنة ( بين اثنين )

نصفين في الاصح قال العيني في شرح الكنز وتجوز عن ستة اوخمسة اواربعة اوثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه اولى ولا تجوز عن الثمانية لعدم النقل فيه ( ويقسم لحمها ) اى اذا جاز على الشركة فقسمة اللحم ( وزنا ) بين الشركاء لانه موزون ( لاجزافا ) لان في القسمة معنى التمليك فلا يجوز جزافا عند وجود الجنس والوزن ولا يجوز التحليل لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لاتجوز ( الا اذا خلط ) وضم ( مع اللحم من اكارعه اوجلده ) اى يكون في كل جانب شئ من اللحم ومن الاكارع اويكون في كل جانب شئ من اللحم وبعض الجلد اويكون في جانب لحم واكارع وفي اخر لحم وجلد فح يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في الدرر ( واوشرى بدنة للاضحية ثم اشرك فيها ستة جاز استحسانا ) وفي القياس لايجوز وهو قول زفر ورواية عن الامام لانه اعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة الى هذا ( والاشتراك قبل الشراء احب ) اذبه يبعد عن الخلاف ويسلم عن الرجوع في القربة وروى عن الامام كراهة الاشتراك بعده ( واول وقتها ) اى اول وقت تضحية الاضحية ( بعد الفجر و ) لكن ( لايذبح في المصر قبل صلوة العيد ) لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبحته وهذا الشرط لمن تجب عليه صلوة العيد ( ويذبح غير المصرى ) كاهل القرى ( قبل الصلوة ) ومن هنا ظهر ان وقت التضحية في حق البعض الذى لاتجب عليه صلوة العيد من طلوع فجر يوم النحر لانعدام المانع وهو الاشتغال بالصلوة وفي حق البعض يعتبر بعد ان يصلى الامام صلوة العيد الواجبة وعند مالك واحمد اهل المصر لايذبحون قبل ذبح الامام ايضا وعند الشافعي صح قبل الصلوة لو مضى من الوقت قدر مايصلى ركعتين مع خطبتين ( وآخره ) اى آخر وقتها ( قبيل غروب الشمس في اليوم الثالث ) عندنا لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأى لايهتدى الى المقادير وعند الشافعي اربعة لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح قلنا اذا كان في الاخبار تعارض فالاخذ بالمتيقن اولى ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كان في السواد والمضحى في المصر يجوز من انشقاق الفجر وعلى عكسه لايجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصرى اذا اراد التعجيل ان يخرج بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر اعتبارا بالذكوة بخلاف صدقة الفطر ولو ضحى بعد ماصلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا والمعتبر هى الصلوة دون الخطبة ( واعتبر اخره ) اى اخر وقتها

(الفقير وضده والولادة والموت) فلو كان غنيا في اول ايامها فقيرا في آخرها لا تجب عليه وفي العكس تجب وان ولد في اليوم الاخير تجب عليه وان مات فيه لا تجب عليه فتبين ان الامام صلى بغير طهارة تعاد الصلوة دون التضحية كما لو شهدوا انه يوم العيد فصلى الامام بالناس العيد ثم ضحوا ثم بان انه يوم عرفة اجزأهم الصلوة والتضحية كما في التنوير ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم كما في المنح (واولها) اي اول ايام النحر (افضلها) ثم ثانيها ثم آخرها (وكره الذبح ليلا) وان جاز لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وفي المنح الظاهر ان هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى اذ احتمال الغلط لا يصلح دليلا على كراهة التحريم التي نسبتها الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض (فان مات وقتها قبل ذبحها) اي ولم يضح ما اوجب على نفسه بان عين شاة في ملكه وقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة (لزم التصدق بعين المنذورة حية) سواء كان ذلك الموجب فقيرا او غنيا وان نذر ان يضحي ولم يسم شيئا يقع على الشاة ولا يأكل الناذر منها وان اكل فعليه قيمة اكله لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته (وكذا) اي لزم التصدق بعين المنذورة حية (ما شراها فقير للتضحية) لان الفقير انما تجب عليه اذا شراها بنية التضحية فيتعلق بالمحل (والغني يتصدق بقيمتها شراها) اي الشاة (او لا) لان الواجب يتعلق بذمته (وانما يجزئ فيها) اي في الاضحية (الجذع من الضأن) الجذع شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء اذا كانت عظيمة لقوله عليه السلام لا تذبحوا الا المسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وعند اهل اللغة ما تمت له سنة وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعن الزهري من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر (والثني) فصاعدا من الجميع وهو ابن خمس من الابل وحوليان من البقر والجاموس وحول من الشاة والمعز لانه عرف بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية فيجوز بالبغل الذي امه بقرة وبالظبي الذي امه شاة (و) تجوز (الجماء) بتشديد الميم وهي التي لا قرن لها بالخلقة اذ لا يتعلق به المقصود وكذا مكسور القرن بل اولى لما قلنا (والخصي) وعن الامام ان الخصي اولى لان لحمه اطيب (والثولاء) وهي المجنونة اذا لم يمنعها من السوم والرعي لان هذا لا يخل بالمقصود وان منعها من ذلك لا تجوز اذ يخل (والجرباء) السمينة ولم يتلف جلدها لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وانما قيدنا بالسمينة لانها اذا كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب اذا كان في اللحم انتقص (لا) تجوز

(العمياء) وهى الذاهبة العينين (والعوراء) وهى (الذاهبة احدى العينين والعجفاء) اى المهزولة (التى لاتنقى) اى يبلغ عجفها الى حد لايكون فى عظامها مخ (والعرجاء) التى لاتمشى الى المنسك اى المذبح لورود النهى عنهن (و) لايجوز (مقطوعة اليد اوالرجل) لنقصانها (وذاهبة اكثر العين او) اكثر (الاذن) لقول على رضى الله تعالى عنه امرنا رسول الله عليه السلام ان نستشرف العين والاذن وان لانضحى بمقابلة ولامدابرة ولاشرقاء ولاخرقاء (اواكثر الذنب) لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن (او اكثر (الالية) واعاقيد الذهاب بالاكثر لانه ان بقى الاكثر من العين والاذن والذنب ونحوها جاز لان الاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وفى المنح واختاره ابو الليث وعليه الفتوى (وفى ذهاب النصف روايتان) عن الامام وكذا عنهما لما فى الهداية وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن ابى يوسف (ويجوز ان ذهب اقل منه) اى من النصف (وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لايجوز) قال ابن الشيخ فى شرح الوقاية فى ظاهر الرواية عن الامام لان الثلث قليل ولذا تنفذ فيه الوصية بخلاف مازاد عليه لكونه اكثر (وقيل ان ذهب الثلث لايجوز) لقوله عليه السلام فى حديث وصية الثلث والثلث كثير وفى رواية عنه الربع وفى القهستانى ان كل عيب مانع انها ان كان اكثر من النصف لايجوز بالاجماع وان كان اقل منه يجوز بالاجماع وطريق معرفة ذهاب العين ان تشد العين المعلولة بعد ان كانت جائعة فيقرب اليها العلف فينظر اليها من اى مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف فينظر الى تفاوت مابين المكانين فان كان ثلثا فقد ذهب الثلث وهكذا وفى القهستانى ولايجمع ماذهب من الاذنين على ماقال ابو على الرازى وقال ابن السماعة انه يجمع وفى شرح الكنز للعينى ولايجوز الهتماء وهى التى لااسنان لها ولاالسكاء وهى التى لااذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولاالجلالة وهى التى تأكل العذرة ولاتأكل غيرها ولاالجداء وهى المقطوعة ضرعها ولاالمصرمة وهى التى لاتستطيع ان ترضع فصيلها ولاالحداء وهى التى يبس ضرعها وفى الهداية وهذا الذى ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولواشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا يجزيه بهذه لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولايجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على موسر مكانها اخرى ولاشئ على الفقير ولوضلت اوسرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر

ومن ذبح اضحيته وعلى الفقير ذبحها (ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح) وفي الهداية ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح (وان مات احد سبعة) الذين اشتركوا في البدنة (وقال ورثته) وهم كبار (اذبحوها) اي البدنة (عنكم وعنه) اي عن الميت صح) ذبحها استحسانا عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والصحة عن الميت تبرع قربة لانه عليه السلام ضحى عن امته والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف ولا يجوز عن غيره (وكذا) صح لو ذبح (بدنة عن اضحية ومتعة وقران) مع اختلاف جهات قربتهم عند الاتحاد وهو القربة وفي التنوير وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم (وياكل من لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير) لما روي انه عليه السلام نهى عن اكل لحوم الاضاحي بعد ثلث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا والنصوص كثيرة وعليه اجماع الامة (وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلث الاكل والادخار والتصدق وهذا لا ينافي استحباب التصدق بما فوقه كالنصف مثلا (وتركه) اي وندب ترك التصدق (لذي عيال توسعة عليهم) اي على العيال (وندب ان يذبح بيده ان احسن الذبح) لكونه عبادة (والا) اي ان لم يحسنه (يأمر غيره) بالذبح كيلا يجعلها ميتة (ويحضرها) لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب (وكره ان يذبحها كتابي) لانه قربة وليس هو من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذبح بخلاف المجوسي (ويتصدق بجلدها لكونه جزأ منها او يعمله آلة كجراب او خف او فرو) لان الانتفاع به ليس بحرام (او يشتري به) اي بالجلد (ما ينتفع به مع بقائه) اي بقاء ما ينتفع به استحسانا (كغربال ونحوه) لان للبدل حكم المبدل (لا ما يستهلك) اي لا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (كخل وشبهه) ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك (فان بدل اللحم او الجلد به) اي بما ينتفع بالاستهلاك جاز (ويتصدق به) لانتقال القربة الى البدل وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك

والقدرة على التسليم هذا قول الامام وعن ابي يوسف بيع الاضحية اوجلدها اولحمها باطل لانه بمنزلة الوقف وفي التنوير ولا يعطى اجر الجزار منها ويكره جز صوفها قبل الذبح لينتفع به بخلاف ما بعده ويكره الانتفاع بلبنها قبله ( ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز ) استحسانا ولا ضمان على الذابح ولا يجوز قياسا وهو قول زفر لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب واذا ضمن لا يجزيه عن الاضحية وجه الاستحسان انه لما اشتراها للاضحية فقد تعينت للذبح اضحيته حتى وجب عليه ان يضحي بها فصار مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذناله دلالة لانه ربما يعجز عن اقامتها لعارض يعرض له فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ايده بحها وان كان تفوته المباشرة وحضورها لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بعاعينه فيرضى به ظاهرا وفي شرح المجمع ولو ذبح الراعي والاجنبي شاة لا يرجى حيوتها لا يضمن وقال الصدر الشهيد يضمن ( ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولا ضمان ) استحسانا ولا يصح قياسا و يضمن كل واحد منهما لصاحبه لما مر قبله ( و يتحالان ) يعني يأخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله ان كانت مأكولة يحال كل واحد منهما صاحبه ويجزيهم لانه لو اطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحل له في الانتهاء ( وان تشاحا ) اى تنازعا بان اضحيتي اعظم واسمن ولم يرضيا ( ضمن كل ) واحد منهما ( صاحبه قيمة لحمه ) لان التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره ضمنه ( وتصدق بها ) اي بتلك القيمة لانه بدل لحم الاضحية ( وصحت التضحية بشاة الغصب دون شاة الوديعة وضمنها ) لان في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه ولكن يأثم خلافا لزفر وفي الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح في غير الملك فلم يثبت الملك الابعد الذبح فكانت الاضحية واردة على غير الملك كما في اكثر المعتبرات قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح وقال صاحب الدرر حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى لكن الظاهر تحقق ازالة اليد المحقة بالاضجاع وشد الرجل للذبح فانهما ليسا من احكام الوديعة ولا من شان المودع تأمل

## ( كتاب الكراهية )

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لا تخلو عن أصل وفرع ترد فيه الكراهية الأخرى أن في وقت الأضحية من ليالي أيام التشريق يتصرف في الأضحية بالمعروف ويجتنب النهي كما تقدم الكلام فيه وفي إقامة غيره مقامه كيفما تحققت الكراهة فناسب ذكر الكراهية وهذا هي عند الزيادة والإطلاق لغة وفي الشرع ما يتعلق بها وقدم ذكر المكروه لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدوري بالحظر والإباحة وهو حسن لأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق وفيه بيان ما أباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لأن كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها وفي الشرع (المكروه) كراهة تحريم (إلى الحرام أقرب) عند الشيخين لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه فلزمه تركه وتكلموا في المكروه والصحيح ما قاله السجستاني كما في جواهر الفتاوى (وعند محمد) كل (المكروه حرام) ما لم يقم دليل على خلافه (ولم يتلفظ به) أي لم يطلق عليه لفظ الحرام في كتبه (لعدم) الدليل (القاطع) بل كنى بالكراهة فتركه واجب كما في الحرام فالحرام ما منع منه بدليل قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والمكروه ما منع بظني وتركه واجب كأكل الضب فنسبة المكروه إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض قال ابن الساعاتي في بحث الحكم وإن كان طلبا لفعل ينتهض تركه في جميع وقته سببا لاستحقاق العقاب فوجوب أو لفعل ينتهض فعله خاصة للثواب فندب وخاصة يفيد أن الترك لا يترتب عليه شيء أو لترك ينتهض فعله سببا لاستحقاق العقاب فتحريم أو لترك ينتهض تركه خاصة للثواب فكراهة وإن لم يكن طلبا فإن كان تخييرا فإباحة وإلا فوضعي وقد علم بذلك حدودها واعلم أن الكراهة على نوعين كراهة تحريم وكراهة تنزيه ومشايخنا تارة يقيدونها وتارة يطلقونها فأما المقيدة فلا كلام فيها والمطلقة تحمل على التحريم

### ( فصل )

في بيان (الأكل منه) أي بعض الأكل وكذا الشرب (فرض وهو ما يدفع به الهلاك) وفي تركه إلقاء النفس في التهلكة فإن مات فقد عصى وبه يتمكن من أداء الفرائض ويؤجر على ذلك قال عليه السلام إن الله تعالى ليؤجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه (و) بعضه (مندوب وهو ما زاد) على ما يدفع به الهلاك (ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم) لأن

الاشتغال بما تقوى به على الطاعة طاعة وسئل ابو ذر عن افضل الاعمال فقال الصلوة باكل الخبز (و) بعضه (مباح) اى لا اجر فيه ولا وزر (وهو ما زاد) منتهيا (الشبع لزيادة قوة البدن) وفى القهستانى اواكل للسمن كره على ما قال ابن مقاتل وعن ابى مطيع لا بأس باكلها خبزا مكسورا فى الماء البارد للسمن ولا شئ على من رزق بطنا عظيما خلقة له من غير ان يتعمد السمن واواكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجد نافعا فلا بأس به لانه علاج (و) بعضه (حرام وهو الزائد عليه) اى على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس ولانه تبذير واسراف قال عليه السلام لاخير فى الشبع ولا فى الجوع خير الامور اوسطها (الا لقصد التقوى على صوم الغد) لان فيه فائدة (او لئلا يستحيى الضيف) لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا يأكل حياء او خجلا فلا بأس باكله فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا (ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة) قال عليه السلام ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى اليه واما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن اداء العبادات فهو مباح كما فى الاختيار (ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم) لانه اتلف نفسه لما بينا انه لا بقاء له الا بالاكل والميتة حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عنه اذا تعين لاحياء النفس وروى ذلك عن مسروق وجماعة من العلماء والتابعين واذا كان يأثم بترك الميتة فما ظنك لترك الذبيحة وغيرها من الحلالات حتى يموت جوعا كما فى الاختيار وفى البزازية خاف الموت جوعا او عطشا ومع رفيقه طعام او ماء اخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته او عطشه فان امتنع قاتل بلا سلاح وان الرفيق يخاف الموت جوعا او عطشا ايضا ترك له البعض (بخلاف من امتنع من التداوى حتى مات) فانه لا يأثم لانه لا يقين ان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج كما فى الاختيار (ولا بأس بالتفكه بانواع الفواكه) لقوله تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم (وتركه افضل) لئلا تنقص درجته (واتخاذ الوان الاطعمة سرف) دل عليه قوله تعالى اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا (وكذا) سرف (وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة) وفى المحيط من الاسراف الاكثار فى الوان الطعام فانه منهى الا اذا قصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على اخره لان فيه فائدة ومن السرف ان يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه وترك اللقمة الساقطة من المائدة بل يرفعها اولا ويأكلها قبل غيرها ولا يأكل طعاما حارا ولا يشم ويكره اكل الترياق ان كان فيه شئ

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] اي على المائدة (ويكره) [illegible]

وكذا وضع [illegible] لان فيه اهانة [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] (ويسمى الله تعالى في ابتدائه ويحمد في آخره) [illegible] فان نسي ان يسمي في اوله فليقل اذا ذكر

بسم الله على اوله وآخره [illegible]

[illegible]

[illegible] (وغسل اليدين قبله) اي الطعام (وبعده) [illegible]

[illegible]

(ويبدأ بالشباب) اي في غسل اليد قبل الطعام [illegible] (وبالشيوخ

بعده) [illegible]

[illegible] (ولا يحل

شرب لبن الاتان) [illegible] لكون اللبن متولدا من اللحم

فاخذ حكمه [illegible] ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن

اكلها وشرب لبنها [illegible]

اكله ويكره (ولا) يحل (بول الابل) للاختلاف [illegible] الامام حرام لكون

الاصل في البول حرمة [illegible]

[illegible] على الاصل وعند ابي يوسف يحل التداوي بشربه

لما روى ان قوما من عرينة مرضوا في المدينة فامرهم النبي عليه السلام بان يخرجوا

الى [illegible] ويشربوا من ابوال الابل والبانها وعند محمد يحل مطلقا اذا كان

حراما لا يحل به التداوي لقوله عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم

(و) لا يحل استعمال (اناء ذهب او فضة لرجل وامرأة) لقوله عليه السلام

الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم [illegible]

[illegible]

[illegible] ذلك في الاكل والشرب [illegible]

[illegible] ويستوي الرجل والنساء لاطلاق الحديث [illegible]

[illegible] وما اشبه ذلك [illegible] الادهان [illegible]

[illegible]

واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لايكره كافى النهاية وفى التسهيل وعلى هذا لواخذ الطعام من انية الذهب والفضة بملعقة ثم اكله من الملعقة ينبغى ان لايكره وكذا لواخذه بيده واكله ولكن ينبغى ان لا نفتى بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها لكن فى الدر رتفصيل فليطالع (وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص) عندنا لعدم التفاخر بمثل هذه الآنية عادة لانها ليست من جنس الاثمان وقال الشافعى يكره لحصول التفاخر كالحجرين قلنا لانسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غيرهما فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر وفى التبيين ويمكن ان يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه

## (فصل فى الكسب)

وفى الاختيار قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن حسن يقول طلب الكسب فريضة كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ابن مسعود رضى الله عنهما عن النبى عليه السلام انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم ومسلمة وقال عليه السلام طلب الكسب بعد صلاة المكتوبة اى الفريضة بعد الفريضة ولانه لايتوسل الى اقامة الفرض الابه وكان فرضا لانه لايتمكن من اداء العبادات الابقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج فى الطهارة الى آلة الاستقاء والآنية وفى الصلوة الى مايستر عورته وكل ذلك انما يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم السلام كانوا يكتسبون وكذا الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم ولايلتفت الى قول جماعة انكروا ذلك وتمامه فيه ان شئت فليراجع وطلب العلم فريضة ايضا على كل مسلم ومسلمة قال فى الخلاصة حكى عن ابى مطيع انه قال النظر فى كتب اصحابنا من غير سماع افضل من قيام ليلة وفى البزازية طلب العلم والفقه اذا صحت النية افضل من جميع افعال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم اذا صحت النية وهو اقسام فرض وهو مقدار مايحتاج اليه لاقامة الفرائض ومعرفة الحق والباطل والحلال والحرام ومستحب وقربة كتعلم مالايحتاج اليه لتعليم من يحتاج اليه ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ومكروه وهو التعلم ليباهى به العلماء ويمارى به السفهاء ولذلك كره الامام تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة وفى البزازية وتعلم علم النجوم لمعرفة القبلة واوقات الصلوة لابأس به والزيادة حرام والحيلة والتمويه فى المناظرة ان تكلم مسترشدا منصفا بلا تعنت لايكره وكذا ان غير مسترشد لكنه منصف غير متعنت فان اراد بالمناظرة طرح المتعنت لابأس به ويحتال كل الحيلة ليدفع عن نفسه التعنت والتعنت لدفع التعنت مشروع وفى القهستانى وتعلم المنطق كشرب الخمر وفى قوت القلوب جعل الجهال اصحاب المنطق علماء انتهى

والتعليم بقدر ما يحتاج اليه لاقامة الفرض فرض ولا يجب على الفقيه ان يجيب عن كل ما يسأل عنه اذا كان هناك من يجيب غيره فان لم يكن غيره يلزمه الجواب لان الفتوى والتعليم فرض كفاية ( افضله ) اى الكسب ( الجهاد ) لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز الدين وقهر عدو الله ( ثم التجارة ) لان النبى عليه الصلوة والسلام حث عليها فقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة ( ثم الحراثة ) واول من فعله آدم عليه السلام ( ثم الصناعة ) لانه عليه السلام حرض عليها فقال الحرفة امان من الفقر لكن فى الخلاصة ثم المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء ان جميع انواع الكسب فى الاباحة على السواء هو الصحيح ( ومنه ) اى وبعض الكسب ( فرض وهو ) اى الكسب ( قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه ) لما بيناه انه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من تجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه وان اكتسب ما يدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة لان النبى عليه السلام ادخر قوت عياله سنة كما فى الاختيار ( ومستحب وهو الزائد عليه ) اى على قدر الكفاية ( ليواسى به ) اى بالزائد ( فقيرا او يصل به قريبا ) فانه افضل من التخلى لنفل العبادة لان منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره قال عليه السلام الناس عيال الله فى الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله ( ومباح وهو الزيادة للتجمل ) والتنعم قال عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال عليه السلام من طلب الدنيا حلالا متعففا لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر كما فى الاختيار ( وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان ) وصلية ( كان من حل ) قال عليه السلام من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا لقى الله وعليه غضبان ( وينفق على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير ) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم جميعها بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال عليه السلام اجوع يوما واشبع يوما ( ومن قدر على الكسب لزمه ) اى من الكسب لما بيناه آنفا ( وان عجز عنه ) اى عن الكسب ( لزمه السؤال ) لانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال عليه السلام السؤال آخر كسب العبد ( فان تركه ) اى السؤال وهو قادر عليه ( حتى مات ) من جوعه ( اثم ) لانه القى نفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه فى هذه الحالة كالكسب ولا ذل فى السؤال فى هذه الحالة ( وان عجز عنه ) اى عن السؤال الكسب ( يفرض على من علم به ) اى بعجزه ( ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه ) صونا له عن الهلاك فان امتنعوا

من ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين ومن كان له قوت يومه لايحل السؤال ( ويكره ) اعطاء سؤال جمع سائل كنصار جمع ناصر ( المسجد ) فقد جاء فى الارشادى يوم القيمة ليقم من يغبض الله فيقوم سؤال المسجد ( وقيل ان كان ) اى السائل فى المسجد ( لايتخطى رقاب الناس ولايمر بين يدي مصل لايكره ) اعطاؤه وهو المختار كما فى الاختيار فقد روى انهم كانوا يسئلون فى المسجد على عهد رسول الله عليه السلام حتى روى ان عليا رضى الله عنه تصدق بخاتمه فى الصلوة فى المسجد ( ولا يجوز قبول هدية امراء الجور ) لان الغالب فى مالهم الحرمة ( الا اذا علم ان اكثر ماله من حل ) بان كان صاحب تجارة اوزرع فلابأس به وفى البزازية غالب مال المهدى ان حلالا لابأس بقبول هديته واكل ماله مالم يتبين انه من حرام لان اموال الناس لاتخلو من حرام فيعتبر الغالب وان غالب ماله الحرام لايقبلها ولا يأكل الا اذا قال انه حلال ورثه اواستقرضته ولهذا قال اصحابنا لواخذ مورثه رشوة اوظلما ان علم وارثه ذلك بعينه لايحل له اخذه وان لم يعلمه بعينه له اخذه حكما لاديانة فيتصدق به بنية الخصماء وفى الخانية وقال الحلوانى وكان الامام ابو القاسم الحكيم يأخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشترى شيئا بمال مطلق ثم ينقده من اى مال شاء كذا رواه الثانى عن الامام وعن الامام ان المبتلى بطعام الظلمة يتحرى ان وقع فى قلبه حله قبل واكل والا لا لقوله عليه السلام استفت قلبك الحديث وجواب الامام فيمن به ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله تعالى ويدرك بالفراسة وفى الخلاصة السلطان إذا قدم شيئا من المأكولات ان اشتراه يحل وان لم يشتره ولكن الرجل لايعلم ان فى الطعام شيئا مغصوبا بعينه يباح اكله وفى الخانية رجل غصب لحما فطبخه اوحنطة فطحنها قال ابو بكر البلخى يحل له اكله وعليه الضمان فى قول الامام وهذا ظاهر قوله لان على قول الامام ومحمد اذا غصب حنطة فطحنها اولحما فطبخه ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب وقال ابو يوسف اكله حرام قبل ان يرضى صاحبها ( ولا يكره اجارة بيت بالسواد ) اى بالقرية ( ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة اويباع ) معطوف على قوله ليتخذ اى ليباع ( فيها الخمر ) عند الامام لان الاجارة واردة على منفعة البيت ولامعصية فيه وانما معصيته بفعل المستأجر وهو فعل الفاعل المختار فقطع نسبته منه كبيع الجارية لمن لايستبرئها اويأتيها من دبرها اوبيع الغلام من اللوطى كما فى التبيين وغيره وهذا صريح فى جواز بيع الغلام من اللوطى والمنقول فى كثير من المعتبرات انه يكره ( وعندهما يكره ) ان يوجر بيتا لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الائمة الثلاثة قالوا ان ماذكره الامام مختص بسواد الكوفة لان اغلب

اهلها ذمي واما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون من احداث البيع
والكنائس فيها ايضا في الاصح كما لا يمكنون في الامصار لعدم الاذن من الحكام
في احداث ما فيه شعائر الاسلام وعن هذا قال (ويكره في المصر اجماعا وكذا في
سواد غالبه اهل الاسلام) للامر ان شعائر الاسلام ظاهرة (ومن حمل لذمي
خمرا باجر طاب له) عند الامام (وعندهما يكره) له ذلك لوجود الاعانة على
المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا وعد منها حاملها
والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها لا في حملها مع ان الحمل يحمل على
الاراقة او التخليل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا
الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر او آجر نفسه ليرعى الخنازير ولا بأس
ببيع الزنار من النصارى والقلنسوة من المجوسي ولو ان مسلما امره انسان
ان يخيط له خفا على زي المجوسي او القلنسوة او خياطا امره انسان ان يخيط له
ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر
واجابة دعوته واستعارة دابته) والقياس ان لا يجوز لانه تبرع والعبد ليس
من اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا كما مر في المأذون (وكره قبول
كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين) لانه لا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم
والثياب فبقي على الاصل وهو عدم الجواز (ويقبل في المعاملات قول الفرد
ولو) وصلية كان (انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله) اي قول الفرد (شريت
اللحم من مسلم او كتابي فيحل او) شريته (من مجوسي فيحرم) وهذه العبارة
اولى من عبارة الكنز وهو قوله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة لان شارحه
الزيلعي قال هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات وانما يقبل قوله في
المعاملات خاصة للضرورة انتهى لكن حمله على المساهلة اولى من حمله على
السهو ويكون المراد يقبل قول الكافر فيما يؤدي الى الحل والحرمة لانه قال
العيني اراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه اراد حاصل مسئلة
في الهداية وهو قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال
اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول
في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب
والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه
ان يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل
اولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ في الحل والحرمة هو هذا المعنى لما قبل قوله
في الحل اولى ان يقبل في الحرمة فافهم قال صاحب المنح ويقبل قول الفاسق
والكافر في المعاملات لانها يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا

زائدا ادى الى الحرج فقبل قوله مطلقا دفعا للحرج كما اذا اخبرانه وكيل فلان في بيع كذا فيجوز الشراء منه وكذا في الوكالات والمضاربات وغيرها وهذا اذا غلب على الرأى صدقه اما اذا غلب عليه كذبه فلا يعتمد عليه (و) يقبل (قول العبد والامة والصبي في الهدية) بان قال العبد اوالامة اوالصبي هذه هدية اهداها سيدى اوابى يجوز ان يأخذها لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء (و) يقبل قولهم (في الاذن) بان قال العبد اوالامة اوالصبي المميز اذن لي مولاى اوالولى في البيع والشراء يجوز لمن سمع و يرى معاملته مع الغير ان يبيع و يشترى منه والا يؤدى الى الحرج في استحضار الشهود الى مواضع العقود (وشرط العدل في الديانات) لانه لايكثروقوعها فلا حرج في اشتراط العدالة ولاحاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) ولايتوضأ (ان اخبر بها مسلم عدل ولو) وصلية (كان انثى اوعبدا) لترجح جانب الصدق في خبره لظهورعدالته (ويتحرى في الفاسق) بنجاسة الماء (وفي) خبر (المستور ثم يعمل بغالب رأيه) وان وقع في قلبه صدقه يتيمم وان وقع فيه كذبه يتوضأ لترجح جانب الكذب (واواراق الماء) الذى اخبر بنجاسته فاسق اومستور (فتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ) معطوف على قوله اراق والمعنى اولم يرق الماء وتوضأ (وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط) كما في شرح الرقاية وغيره وفي الجوهرة وهذا جواب الحكم اما الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء

## ( فصل في اللبس )

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل مايحتاج اليه الانسان قدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه (الكسوة منها فرض وهو) اى ماهو فرض (مايستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد) قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اى مايستر عوراتكم عند الصلاة ولانه لايقدر على اداء الصلاة الابستر العورة وخلقته لاتحمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا كما في الاختيار (والاولى كونه من القطن اوالكتان) وهو المأثور وهو ابعد عن الخيلاء (بين النفيس والخسيس) لئلا يحتقر في الدنى و يأخذه الخيلاء في النفيس وعن النبي عليه السلام انه نهى عن الشهرتين وهو ماكان في نهاية النفاسة وماكان في نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها (ومستحب وهو الزائد) على قدر الضرورة وفي المنح وهو مايحصل به اصل الزينة في الازار والرداء والعمامة والقميص الرقيق ونحوها (لاخذ الزينة)

المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الآية (واظهار نعمة الله تعالى) خصوصا اذا كان ذا علم ومروءة وفي التبيين العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة حسن في حق الفقهاء الذين هم اعلام الهدى دون سائر الناس الاحسن ان يلبس احسن ثيابه للصلاة وفي الحديث صلاة مع عمامة خير من سبعين صلاة بغير عمامة وروى من صلى وحيده مشدود كان خيرا ممن صلى سبعين صلاة وجبيه مكشوف قال عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمه على عبده (ومباح وهو الثوب الجميل للتزين) في الجمع والاعياد ومجامع الناس اذا لم يكن للكبر وكذا جمع المال اذا كان من حلال لان النبي عليه السلام خرج وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام عليه الصلاة والسلام الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وكان الامام ابو حنيفة يرتدى رداء قيمته اربع مائة دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب النفيسة والسرخسي بلبس الغسيل في عامة الاوقات ولبس الاحسن في بعض الاوقات اظهارا لنعمة الله تعالى حتى لا يؤذي المحتاجين كما في البزازية وفي القنية وعن النخعي كان يخرج من بيته في ثياب حسنة واصحابه يقولون نحن نعرف حقيقة انه يحل له الآن اكل الميتة (ومكروه وهو اللبس للتكبر) والخيلاء لقوله عليه السلام لمقدادين معدي كرب كل والبس واشرب من غير مخيلة (ويستحب ثوب الابيض والاسود) لقوله عليه السلام ان الله يحب الثياب البيض وانه خلق الجنة بيضاء وقد روى انه عليه السلام لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ولا بأس بالازرق وفي الشرعة ولبس الاخضر سنة (ويكره الثوب (الاحمر والمعصفر) للرجال لانه عليه السلام نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وفي المنح ولا بأس بلبس الثوب الاحمر وبه صرح ابو المكارم في شرح النقاية وهذا ظاهر في ان المراد بالكراهة كراهة التنزيه لانها ترجع الى خلاف الاولى كما صرح به كثير من المحققين لان كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه اولى كما قاله بعض اهل التحقيق لكن صرح صاحب تحفة الملوك بالحرمة فافاد ان المراد كراهة التحريم وهو المحمل عند الاطلاق (والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه) هكذا فعله النبي عليه السلام (قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله عليه السلام كما في الاختيار (ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال) ولو حائل بينه وبين بدنه على المذهب كما في التنوير لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له اي لا نصيب له في الآخرة وانما جاز للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله

تعالى عنهم فيهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام خرج و باحدى يديه
حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم وروى
حل لاناثهم الا ان القليل عفو وعن هذا قال ( الاقدر اربع اصابع ) مضمومة
فلا يحرم فهو استثناء من قوله ولا يحل وفي القنية من اصابع عمر رضي الله عنه
وذلك قيس شبرنا يرخص فيه وفي المنح القليل من الحرير عفو وهو مقدار ثلاث
اصابع اواربع يعني مضمومة وذلك كالعلم لان الناس يلبسون الثياب وعليها الاعلام
والطرز في تلك الاعصار من غير نكير وان كان اكثر من الاربع فهو مكروه
وقد روى ان النبي عليه السلام لبس جبة مكفوفة بالحرير وروى انه لبس فروة
اطرافها من الديباج وكان المعنى في ذلك انه تبع كما في السراج وفي السير الكبير
العلم حلال مطلقا صغيرا كان او كبيرا انتهى هذا مخالف لما وقع في كثير
من المعتبرات من التقييد بثلاث اصابع اواربع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى
بذلك من الاشراف والعظماء وكذلك اذا كان في طرف القلنسوة لا بأس به
اذا كان قدر اربع اصابع اودونها في ظاهر المذهب كما في القنية وعن محمد انه
قال لا ينبغي ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربع اصابع وفي المجتبى وانما رخص
الامام في العلم في عرض الثوب قلت وهذا يدل على ان القليل في طوله يكره وبه
جزم مولى خسرو لكن اطلاق الهداية وكثير من المعتبرات مخالف وفي القنية
نقلا عن برهان صاحب المحيط ان عند الامام لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل
بجلده حتى او لبسه فوق قميص من غزل اونحوه لا يكره عنده فكيف اذا لبسه فوق
قباء اوشئ آخر محشوا وكانت جبة من حرير بطانتها ليس بحرير ولو لبسها فوق
قميص غزلي قال رضي الله تعالى عنه وفي هذا رخصة عظيمة في موضع عم به
البلوى ولكن طلبت هذا القول عن الامام في كثير من الكتب فلم اجد سوى
هذا ثم قال نقلا عن الحلواني قال ومن الناس من يقول انما يكره الحرير اذا كان
يمس الجلد ومالا فلا وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان عليه جبة من
حرير فقيل له في ذلك فقال اما ترى الى ما يلي الجسد وكان تحته ثوب من قطن ثم
قال الا ان الصحيح ما ذكرنا ان الكل حرام وفي الجامع للبزدوي ومن الناس
من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال هي حرام على النساء
ايضا وعامة الفقهاء على انه يحل للنساء دون الرجال انتهى قال عبد البر في شرح
الوهبانية بعد حكايته لما قدمناه عن القنية قلت وفي حفظي من خزانة
الاكمل ما لفظه قال الامام ومحمد لا بأس بلبس الحرير وقلنسوة الثعلب
انتهى وهذا مطلق وفيه زيادة محمد مع الامام كما في المنح وفي التنوير
والثوب المنسوج بذهب يحل اذا كان هذا المقدار والا لا ولا بأس بكلة ديباج

للرجال لانها كالبيت وكذا لا بأس علامة حرير توضع في ثوب الصبي انه لبس بلبس وفي القنية تكره التكة المعمولة من الابريسم هو الصحيح وكذا القلنسوة وان كانت تحت العمامة والكيس الذي يعلق لكن في الفتاوي الصغرى والذخيرة وشرح القدوري لاتكره التكة من الحرير عند الامام وعند ابي يوسف تكره واختلف في عصبة الجراحة بالحرير وعن محمد لا بأس ان يكون عروة القميص وزره من الحرير وهو كالعلم يكون في الثوب ومعه غيره فلا بأس به وان كان وحده كرهته واكره تكة الحرير لانها تلبس وحدها لانه اذا كان معه غيره فاللبس لايكون مضافا اليه بل يكون تبعا في اللبس والمحرم هو اللبس الحرير كما في المحيط وفي القهستاني ولا بأس ان يشد خمارا اسود من الحرير على العين الرامدة او الناظرة الى الثلج وكذا لو صلى على سجادة من الابريسم لم يكره فان الحرام هو اللبس اما الانتفاع بسائر الوجوه فليس بحرام ( ولا بأس ) للرجال والنساء ( بتوسده ) اى باتخاذ الحرير وسادة ( وافتراشه ) اى اتخاذه فراشا والنوم عليه وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب عند الامام ( خلافا لهما ) لعموم النهي ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وبه قالت الائمة الثلاثة وهذا الخلاف على قول القدوري وصاحب المنظومة والمجمع وذكر في الجامع الصغير الخلاف بين الامام ومحمد وذكر ابو الليث ان ابا يوسف مع الامام وله ماروى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبدالله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش ولانه ليس باستعمال كامل بل استعمال على سبيل الامتهان فكان قاصرا عن معنى الاستعمال والتزين فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو في الاستعمال اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس وانموذجا وترغيبا في نعيم الآخرة ونظيره انكشاف العورة في الصلوة فان القليل منه لايفسد وكذا الكثير في الزمان القليل كما في المطلب وغيره ( ولا بأس بلبس ماسداه ) بالفتح اى ماسدى من الثوب بالفارسية تان وتار ( ابريسم ) بكسر الهمزة وسكون الباء وكسر الراء وفتحها وحركات السين المهملة عربي او معرب ( ولحمته ) ما ادخل بين السدى ( غيره ) اى غير الابريسم سواء كان مغلوبا او غالبا او مساويا للحرير كالقطن والكتان والصوف يعني في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يلبسون مثل هذا ولان الثوب يصير بالنسج والنسج باللحمة فهي معتبرة لكونها علة قريبة فيضاف الحكم من الحل والحرمة اليها دون السدى فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى وقيل لا بأس الا اذا غلب اللحمة على الحرير والصحيح

الاول وهذا بالاجماع ( وعكسه ) اى ما لحمته ابريسم وسداه غيره ( لايلبس الافى الحرب ) لافى غيره وهذا ايضا بالاجماع للضرورة ( ويكره لبس خالصه ) اى الحرير ( فيها ) اى فى دار الحرب عند الامام ( خلافا لهما ) فان عندهما يجوز لما روى انه عليه السلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة السلاح واهيب فى عين العدو ولبريقه وله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه وفى المنح وهذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به اتقاء العدو فى الحرب اما اذا كان رقيقا لا يحصل منه الاتقاء فان لبسه لايحل بالاجماع لعدم الفائدة . ولابأس بلبس الفراء كلها من جلود السباع والانعام وغيرها من الميتة المدبوغة والمذكية وكذلك الصوف والوبر واللبد لانها عين طاهرة مباحة وقال ابو يوسف اكره ثوب القزيكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس ( ويجوز للنساء التحلى بالذهب والفضة لا ) يجوز ( للرجال ) اما بالذهب فلما روينا واما بالفضة فلانها فى معنى الذهب فى التزين ووقوع التفاخر بها ( الا الخاتم ) على هيئة خاتم الرجال اما اذا كان له فصان اوا كثر فحرام ( والمنطقة وحلية السيف من الفضة ) لانها مستثناة مما لايجوز للرجال تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان النبى عليه السلام اتخذ خاتما من فضة وكان فى يده حتى توفى ثم فى يد ابى بكر الى ان توفى ثم فى يد عمر الى ان توفى ثم فى يد عثمان رضى الله عنهم الى ان وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده وقالوا ان قصد بالتختم التجبر فكروه وفى الاختيار سن ان يكون الخاتم على قدر مثقال اودونه ( و ) الا ( مسمار الذهب فى ثقب الفص ) لانه تابع كالعلم فى الثوب ولايعد لابساله ( و ) الا ( كتابة الثوب بذهب اوفضة ) لانه تبع للثوب ولاحكم له وفيه خلاف ابى يوسف ( و ) الا ( شد السن بالفضة ولايجوز بالذهب ) عند الامام ( خلافا لهما ) وفى الهداية ولايشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند الامام وقال محمد لابأس بالذهب ايضا وعن ابى يوسف مثل قول كل منهما فلهذا قال فى التبيين عند الامام وابى يوسف لان المحرم لايباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة وقال محمد يجوز بالذهب ايضا لما روى عن عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب وبه قالت الائمة الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولايلزم من الاغناء فى السن

الابرى ان الختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا و يحمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير وعبد الرحمن رضى الله عنهما بلبس الحرير لاجل الحكة فى جسدهما ( ولا يختم بحجر ولا صفر ولا حديد ) لما روى ان النبى عليه السلام نهى عن التختم من هذه الانواع ( وقيل يباح بالحجر اليشب ) لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه كما فى الهداية وفى الدرر نقلا عن السرخسى والاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك وفى الخانية والصحيح انه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وتمامه فيه فليطالع وفى المنح لان حل العقيق لما ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر لكن يجوز التختم ان كانت الحلقة من الفضة والفص من الحجر سواء كان من عقيق او زبرجد او فيروزج وغيرها لكونه تابعا ولان القوام بهما ولا يعتبر بالفص ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة فى حقهما و يلبس خاتمه فى اليسرى لا فى اليمنى ولا فى غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات ( وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضى ) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضى كما فى الهداية وفى المنح وظاهر كلامهم انه لا خصوصية لهما بل الحكم فى كل ذى حاجة كذلك فلو قيل وترك التختم افضل لغير ذى حاجة اليه لبعد حل فيه المباشر ومتولى الاوقاف وغيرهما ممن يحتاج الى الختم لضبط المال كان اعم فائدة كما لا يخفى انتهى لكن ذكر الشئ لا ينافى جريان الحكم على غير هذا الشئ عند وجود العلة وهى الحاجة والضرورة خصوصا فى امر الاستحباب تدبر ( ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة ) بان لا يكون الفضة فى موضع الفم عند الاكل والشرب وقيل يتقى موضع الفم واليد وفى موضع الجلوس عنده هذا عند الامام ( ويكره ) ذلك ( عند ابى يوسف ) مطلقا ( وعن محمد روايتان ) فى رواية مع الامام وفى رواية مع ابى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا فعل ذلك فى السقف والمسجد وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا كما او جعله فى نصل سيف وسكين او فى قبضتهما او فى لجام او ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة كما فى التنوير وفى الهداية وغيرها وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة لبقائه لونا لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع

الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة والامام ان ذلك تابع ولا تعتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ( ويكره الباس الصبى ذهبا اوحريرا ) لئلا يعتاده والاثم على الملبس كالخمر فان سقيها الصبى حرام كشربها وكذا الميتة والدم وفى التنوير لا بأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ ( ويكره حمل خرقة لمسح العرق اوالمخاط او ) ماء ( الوضوء ) لانه نوع تجبر لكن الصحيح انها ان كانت لحاجة لا يكره كما فى الهداية وغيرها ( والرتم ) وهو الخيط الذى يعقد على الاصبع لتذكر الشئ ( لا بأس به ) لانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان اما شد الخيوط والسلاسل على بعض الاعضاء فانه مكروه لكونه عبثا محضا وحاصله ان كل مافعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة ومافعله لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء

( فصل )

فى بيان احكام النظر ونحوه كاللمس ( ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة كالطبيب ) اى له النظر الى موضع النظر ضرورة فيرخص له احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم ( والختان والخافضة ) بالخاء والضاد المعجمة هى التى تختن النساء ( والقابلة والحاقن ) الذى يعمل الحقنة ( ولا يتجاوز ) كل واحد منهم ( قدر الضرورة ) فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وفى التبيين وينبغى للطبيب ان يعلم امرأة اذا كان المريض امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع مااستطاع لان ماثبت للضرورة يتقدر بقدرها ( وينظر الرجل من الرجل الى ماسوى العورة ) وقد بينت فى الصلوة ان العورة مابين السرة الى الركبة والسرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا للشافعى ثم حكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السوءة بضرب ان اصر وفى القهستانى والاولى تنكير الرجل لئلا يتوهم ان الثانى عين الاول وكذا الكلام فيما بعد وفيه اشعار بانه لا بأس بالنظر الى الامرد الصبيح الوجه وكذا الخلوة ولذا لم يؤمر بالنقاب كما فى التجنيس انتهى ( وتنظر المرأة ) المسلمة ( من المرأة ) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا لان المرأة لا تشتهى المرأة كما لا يشتهى الرجل الرجل ولان الضرورة داعية الى الانكشاف فيما بينهن وعن الامام

ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه والاول اصح كما فى اكثر المعتبرات ( ومن الرجل الى ماينظر الرجل من الرجل ) اى الى ماسوى العورة ( ان امنت الشهوة ) وذلك لان ماليس بعورة لايختلف فيه النساء والرجال وكان لها ان تنظر منه ماليس بعورة وان كانت فى قلبه شهوة او فى اكبر رأيها انها تشتهى اوشكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى مايجوز له النظر منها كالوجه والكف لاينظر اليه حتما مع الخوف والمساقيد بالمسلمة لان الذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح الى بدن مسلمة كما فى المجتبى وفى المحيط والتنوير وكل عضو لايجوز النظر اليه قبل الانفصال لايجوز بعده وهو الاصح كشعر رأسها ( و ينظر الرجل ) الى جميع بدن ( زوجته وامته التى تحل له ) اى الرجل ( وطؤها ) لقوله عليه السلام غض بصرك الاعن زوجتك وامتك قيل الاولى ان لاينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكذا لاينظر الرجل عورة نفسه لان الصديق رضى الله تعالى عنه لاينظر الى عورته ولايمسها بيمينه قط وقال البعض ان الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة وقيد الامة بكونها تحل له وطؤها لان مالايحل وطؤها كالمشتركة اوالمكوحة للغير اوالمجوسية لايحل له النظر الى فرجها (و) ينظر ( من محارمه ) نسبا اورضاعا ومصاهرة بالنكاح وكذا بالسفاح على الاصح كما فى القهستانى ولذا قال فى المنح وغيره والمصاهرة وان كان زنا (و) من ( امة غيره ) ولو مكاتبة اومدبرة اوام ولد اومعتقة البعض عنده (الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد ان امن شهوته ) لقوله تعالى ولايبدين زينتهن الالبعولتهن اذ المراد به مواضع الزينة بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه لان الرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والوجه موضع الكحل والعنق موضع القلادة التى تنتهى الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب فحل النظر للمحارم الى تلك الاعضاء لان المرأة تكون فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة ولاتكون مستترة ويدخل عليهن بعض المحارم من غير استيذان فلو حرم النظر الى هذه المواضع يؤدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لاتنكشف عادة وحكم امة الغير كحكم المحرم لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها فى ثياب مهنتها وكان عمر رضى الله تعالى عنه اذا رأى جارية متقنعة يضربها بالدرة ويقول الق عنك الخمار يادفار اتتشبهين بالحرائر ولايحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها

( ولابأس بمسه ) اى بمس الرجل المواضع التى يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره ( بشرط امن الشهوة فى النظر والمس ) لتحقق الحاجة الى ذلك بالاركاب والانزال فى المسافر والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة ( ولاينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذوان ) وصلية ( امن ) اى عن الشهوة لانها ليست مواضع الزينة وقال الشافعى يجوز له ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها ( ولا ) ينظر الرجل ( الى الحرة الاجنبية الاالى الوجه والكفين ان امن الشهوة ) لان ابداء الوجه والكف يلزمها بالضرورة للاخذ والاعطاء ولاينظر الى قدميها لعدم الضرورة فى ابدائهما فى ظاهر الرواية وعن الامام يحل النظر الى قدميها اذاظهرتا فى حال المشى وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانها قد يبدوا منها عادة ( والا ) اى وان لم يأمن الشهوة ( فلا يجوز ) النظر الى الوجه والكفين لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة بشهوة صبت فى عينيه الآنك يوم القيمة قالوا ولابأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ كما فى التبيين ( لغير الشاهد عند الاداء ) فلا يجوز عند التحمل ان ينظر مع عدم امن الشهوة فى الاصح لان وجود من لا يشتهى فى التحمل ليس بمعدوم بخلاف من يؤديها وقيل يباح كما فى النظر عند الاداء ( والحاكم عند الحكم ) وان لم يأمنا لانهما مضطران اليه فى اقامة الشهادة والحكم عليها كما يجوز له النظر الى العورة لاقامة الشهادة على الزنا ( ولا ) يجوز ( مس ذلك ) اى الوجه والكفين ( وان امن ) الشهوة ( ان كانت ) المرأة ( شابة ) قال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة ولان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه اكثر ( ويجوز ) مسه ( ان كانت عجوزا لاتشتهى ) لانعدام خوف الفتنة ( وهو شيخ يأمن على نفسه وعليها ) وان كان لايأمن على نفسه او عليها لايحل له مصافحتها لمافيه من التعرض للفتنة ( ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء ) للضرورة وفى الهداية واطلق ايضا فى الجامع الصغير ولم يفصل بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان فى النظر او فى المس حيث قال رجل اراد ان يشترى جارية لابأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين وقال مشايخنا يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولايباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى الاختيار اذا اراد الرجل الشراء يباح له النظر مع الشهوة دون المس انتهى فعلى هذا يلزم للمصنف التفصيل ( او النكاح ) فلا بأس ان ينظر اليها مع الشهوة لما روى

ان المغيرة اراد ان يتزوج امرأة فقال عليه السلام انظر اليها فانه احرى ان يدوم بينكما (والعبد مع سيدته كالاجنبي) من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدى من زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعي (والمجبوب والخصي كالفحل) اما المجبوب فانه يسحق فينزل قيل ان جف ماء المجبوب يحل اختلاطه بالنساء في حقه وقيل لا يحل في الاصح واما الخصي فلقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا تبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المخنث في الردي من الافعال كالفحل الفاسق ويكره للرجل ان يقبل الرجل سواء كان فمه او يده او عضوا منه وكذا تقبيل المرأة فم امرأة او خدها عند اللقاء والوداع (او يعانقه في ازار بلا قميص) عند الطرفين (وعند ابي يوسف لا يكره) لما روي انه عليه السلام عانق جعفرا عند قدومه من الحبشة وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى انس رضي الله عنه قال قلنا رسول الله عليه السلام اينعانق بعضنا لبعض قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليهما قميص او جبة جاز بالاجماع وقال الامام ابو المنصور ان المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز عند الكل (ولا بأس بالمصافحة) لانها سنة قديمة متوارثة في السنة والسنة في المصافحة بكلتا يديه ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وان كان كل واحد منهما في جانب من الفراش كما في التنوير (و) لا بأس (تقبيل يد العالم) او الزاهد اعزازا للدين (او السلطان العادل) لعدله ويد غيرهم تعظيم اسلامه واكرامه كما في القهستاني وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه لكن تقبيل رأس العالم اجود وقال شرف الائمة لو طلب من عالم او زاهد ان يدفع اليه قدمه ليقبله لم يجبه وقيل اجابه لان الصحابة رضي الله عنهم يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم كما في الاختيار وفي التنوير وتقبيل يد نفسه مكروه كتقبيل الارض بين يدي العلماء والسلاطين فانه مكروه والفاعل والراضي آثمان لانه يشبه عبادة الوثن هذا على وجه التحية فلو كان على وجه العبادة يكفر وكذا من سجد له على وجه التحية لا يكفر ولكن يصير آثما مرتكبا للكبيرة في الظهيرية انه يكفر بالسجدة مطلقا وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وفي الاختيار ومن اكره على ان يسجد للملك الافضل انه لا يسجد لانه كفر ولو سجد عند السلطان على وجه التحية لا يصير كافرا وفي القهستاني يكره الايماء الى قريب الركوع كالسجود

وفى العمادية ويكره الانحناء لانه يشبه فعل المجوس وفى القهستانى و يكره عند الطرفين لاعند ابى يوسف وفى القنية قيام الجالس فى المسجد لمن دخل عليه تعظيما له وكذا القيام لغيره ليس بمكروه لعينه وانما المكروه محبة القيام ممن يقام له فان لم يحب القيام وقاموا له لايكره لهم وكذا لايكره قيام قارئ القرآن لمن يجئ عليه تعظيما له اذا كان ممن يستحق التعظيم وقيل له ان يقوم بين يدى العالم تعظيما له فاما فى حق غيره فلا يجوز ( ويعزل ) المولى ماءه ( عن امته ) عند الجماع ( بلا اذنها ) اى الامة لانه لاحق لها فى الوطئ ( لا ) يعزل الزوج ( عن زوجته الاباذن ) لان لها حقا فى الوطئ ( ولاتعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد ) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار مايستر بين السرة الى الركبتين لان ظهرها وبطنها عورة فلايجوز كشفهما

## (فصل)

فى بيان احكام الاستبراء وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم ( من ملك امة ) رقبة ويدا ( بشراء اوغيره ) كهبة ورجوع عنها اوخلع اوصلح اوكتابة اوعتق عبد اوصدقة اووصية اوميراث اوفسخ بيع بعد القبض اودفع بجناية اونحو ذلك ( يحرم عليه ) اى على المالك ( وطؤها و ) يحرم ( دواعيه ) اى دواعى الوطئ كالمس والقبلة والنظر الى الفرج لافضائها الى الوطئ اولاحتمال وقوعها فى غير ملكه اذا ظهر الحبل وادعاه البايع هذا رد لمن قال لايحرم الدواعى لان الوطئ انما حرم لئلا يختلط الماء ويشتبه النسب وهذا معدوم فى الدواعى ( حتى يستبرئ ) المالك ( بحيضة فيمن تحيض وبشهر فى غيرها ) اى تستبرئ بشهر واحد فى الصغيرة والآيسة والمنقطعة الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض فى العدة فكذا فى الاستبراء واذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل قبل حصول المق بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالشهور اذا حاضت وفى الهداية والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا اوطاس الا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولاالحبالى حتى يستبرين بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحرمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل اوتوهمه بماء محترم ( وفى ) امة ( مرتفعة الحيض ) لا آفة بان صارت ممتدة الطهر وهى ممن تحيض ( لاباياس ) يجب الاستبراء ( بثلثة اشهر ) لانها عدة الآيسة والصغيرة ليتبين انها ليست بحامل

وفى اكثر المعتبرات لا تقيد فى ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد باربعة اشهر وعشر) لانها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنها زوجها (وفى رواية عن محمد بنصفها) اى اشهرين وخمسة ايام وفى المنح نقلا عن الكافى والفتوى عليه لان هذه المدة حتى صلحت للتعرف عن شغل يوهم بالنكاح فى الاماء فلان يحصل التعرف عن شغل يوهم بملك اليمين وهو دونه اولى (وفى) الامة (الحامل) الاستبراء (بوضعها) اى بوضع حملها المار وتقدم آنفا (ولو) وصلية (كانت) الامة (بكرا) متصل بقوله يجب (اومشتراة من امرأة او من مال طفل) بان باع ابوه او وصيه وكذا الحكم اذا اشتراها من مال ولده الصغير كما فى الغاية (او من يحرم عليه وطؤها) كالمحرم رضاعا او مصاهرة او نحو ذلك ولكن غير ذى رحم محرم حتى لا تعتق الامة عليه وانما حرمت عليه اقامة توهم شغل الرحم مقام تحققه او وجود السبب وهو الملك واليد اذ الحكم يدار على السبب وعن ابى يوسف اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرء وفى الاصلاح فى هذا المحل كلام وفى شرح الوقاية لابن الشيخ جواب ان شئت فراجعهما (ويستحب الاستبراء للبائع) اى يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها بترك الوطئ تحرزا عن احتمال اشتغال رحم ما اراد بيعها بمائه (ولا يجب عليه) لان ملك البائع قائم وهو يقتضى جواز وطئها خلافا لمالك (ولا تكفى فى الاستبراء (حيضة ملكها) المشترى (فيها) اى فى الحيضة يعنى لا يعتبر بالحيضة التى اشترى بها فى خلال الحيضة لان الواجب عليها الحيضة الكاملة (ولا) تكفى الحيضة (التى) حدثت بعد تملكها بسبب من الاسباب (قبل القبض) اى الامة لانها وجدت قبل علته وهو الملك واليد جميعا فلا يعتبر احدهما (او التى) حاضت بها (قبل الاجازة فى بيع الفضولى) اى باعها الفضولى فحاضت قبل الاجازة وان كانت فى يد المشترى كما لا يعتبر بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء العلة (وكذا الولادة) اى لا تكفى الولادة التى حصلت بعد سبب الملك قبل القبض لانتفاء العلة خلافا لابى يوسف (وتكفى حيضة وجدت) تلك الحيضة (بعد القبض وهى) اى والحال ان الامة (مجوسية فاسلمت) لانها وجدت بعد سببه وحرمة الوطئ لمانع وقد زال كما فى حالة الحيض وكذا المكاتبة بان كاتبها بعد الشراء فعجزت (فيجب) الاستبراء (عند تملك نصيب شريكه) فى الامة المشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة (لا) يجب (عند عود الامة الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة) على صيغة المفعول (وفك المرهونة) المامر من انعدام السبب هذا اذا ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت اما ان ابقت الى

دارا لحرب ثم عادت اليد بوجد من الوجوه فكذلك عند الامام وعندهما يجب عليه الاستبراء ( ولا تكره الحيلة لاسقاطه ) اى الاستبراء ( عند ابى يوسف خلافا لمحمد ) اذ عنده مكروهة ( واخذ بالاول ) اى بعدم كراهة الحيلة ( ان علم عدم الوطئ من المالك الاول ) فى هذا الطهر ( و ) اخذ ( بالثانى ) اى بكراهة الحيلة ( ان احتمل ) الوطئ منه وفى الدرر وبه يفتى ( والحيلة فى اسقاطه ) ( ان لم تكن تحته ) اى تحت المشترى ( حرة ان يتزوجها ) اى الامة التى يريد شراءها من سيدها ( ثم يشتريها ) بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد فى الخانية ولا بد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح الشراء فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء قيل لا يكفى القبض بل يشترط ان يطأ الزوج قبل الشراء لان ملك النكاح لا يجمع مع ملك اليمين فلا توجد الامة عند الشراء منكوحة ولا معتدة فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطئ بملك اليمين اما اذا وطئها تصير معتدة فلا يجب الاستبراء ( وان كانت تحته حرة فان يزوجها البائع ) الى شخص ممن يثق به ( قبل البيع او ) يزوجها ( المشترى ) بشرط ان يكون امرها بيدها ( بعد البيع ) اى بيع البائع منه ( قبل القبض ثم يطلق الزوج ) قبل الدخول ( بعد الشراء والقبض ) ان كان التزويج من البائع قبل البيع ( او بعد القبض ) ان كان التزويج من المشترى بعد البيع قبل القبض يعنى الحيلة ان ينكحها البائع قبل شراء المشترى رجلا عليه اعتماد ان يطلقها ثم يشترى المشترى ثم يطلق الزوج فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل على المشترى وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او ينكحها المشترى قبل القبض ذلك الرجل ثم يطلقها الزوج فان الاستبراء يجب بعد القبض وحينئذ لا يحل الوطئ فاذا حل بعد طلاق الزوج لم يوجد حدوث الملك ( ومن ملك امتين لا تجتمعان ) والجملة صفة امتين كما فى الفرائد لكن فى القهستانى والجملة حال لا صفة بحذف اللتين فانه مما اختلف فيه ولم يجوزه البصرية ( نكاحا ) كاختين او بنت وامها نسبا او رضاعا ( فله ) اى للمالك ( وطؤ احديهما فقط ) لا وطؤهما ( ودواعيه ) اى دواعى وطئ تلك الواحدة فقط دون وطئ الاخرى ودواعيه كالتقبيل بشهوة والمس بها ( فان وطئهما او فعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطؤ كل منهما ودواعيه حتى يحرم احديهما ) بتمليك او نكاح صحيح لآخر او عتق

## ( فصل )

فى البيع ( ويكره بيع العذرة ) وهى رجيع الآدمى ( خالصة ) لان العادة لم تجر

بالانتفاع بها وانما ينتفع بهـا برمادا وتراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فلم يجوز بيعهـا ومن هـذا قال (وجاز) بيعهـا (اومخلوطة) برماد اوتراب (فى الصحيح) وفى التبيين والصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (وجاز بيع السرقين) مطلقا فى الصحيح عندنا لكونه مالا منتفعا به لتقوية الارض فى الانبات وعند الائمة الثلاثة لايجوز بيع السرقين كالعذرة مطلقا لانها من الانجاس (والانتفاع) من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين (كالبيع) فى الحكم فما كان بيعه غير جائز يكون الانتفاع به غير جائز وما كان بيعه جائزا يكون الانتفاع به جائزا (ومن رأى جارية رجل مع آخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها) اى صاحب الجارية بيعها (اواشتريتها) اى الجارية (منه) اى من صاحبها (اووهبها لى) صاحبها (اوتصدق) صاحبها (بها) اى بالجارية (على ووقع فى قلبه) اى فى قلب الرائى (صدقه) اى صدق البائع القائل بهذه الكلمات (حل له) اى للرائى (شراؤها) اى الجارية (منه) اى من البائع القائل (و) حل له (وطؤها) ايضا بعد الشراء لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان للامر وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غيرلازمة للحاجة وان كان اكبر رأيه انه كاذب لايسع له ان يتعرض لشئ من ذلك كما فى الهداية (ويجوز بيع بناء مكة) لكونه ملك من بناها وهذا بالاجماع الايرى ان من بنى على الارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك (ويكره بيع ارضها) اى ارض مكة (واجارتهـا) عند الامام لماروى ان النبى عليه السلام قال مكة حرام لاتباع رباعها ولاتوجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ولقوله صلى الله عليه وسلم من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربوا (خلافا لهما) لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها فصار كالبناء وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وبه قال الشافعى (وقولهمـا رواية عن الامام) وفى شرح الكنز للعينى وبه يفتى (ويكره الاحتكار فى اقوات الآدميين) كالبر ونحوه (والبهائم) كالشعير والتبن (فى بلد يضر باهله) لانه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر باهله لانه لوكان المصر كبيرا لايضر باهله فليس بمحتكر لانه حبس ملكه ولاضرر فيه لغيره (وعند ابى يوسف) لايختص بالاقوات بل يكره الاحتكار (فى كل مايضر احتكاره بالعامة ولو) وصلية (كان ذهبا اوفضة اوثوبا) اونحو ذلك لانه اعتبر

حقيقة الضرراذهو المؤثر فى الكراهة وعند محمد لااحتكار فى الثياب واختلفوا فى مدة حبس القوت المكروه وقيل هى اربعون يوما لقوله عليه السلام من احتكر اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل شهر لان مادونه قليل عاجل كما مر هذا فى حق المعاقبة فى الدنيا لكن الاثم يلزم فى مدة قليلة لكون التجارة غير محمودة فى الطعام (واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره) اى القاضى المحتكر (ببيع ما يفضل عن حاجته) اى عن قوته وقوت عياله ودوابه (فان امتنع) المحتكر عن البيع حبسه القاضى وعزره (باع عليه) وقيل لايبيع عند الامام وعندهما يبيع وقيل يبيعه بالاجماع وهو الصحيح كما فى المنح وغيره فلهذا اتى بصورة الاتفاق (ولا احتكار فى غلة ضيعته) لانه خالص حقه (ولا فيما جلبه من بلد آخر) عند الامام لعدم تعلق اهل بلد بطعام بلد آخر (وعند ابى يوسف يكره) ان يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه السلام من احتكر فهو خاطئ (وكذا) يكره (عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة) فهو بمنزلة فناء المصر لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيد الم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة (وهو) اى قول محمد (المختار) هذا لم يوجد فى الكتب التى اخذ المص مسائل كتابه منها كما فى الفرائد (ويجوز بيع العصير) اى عصير العنب (ممن) يعلم انه (يتخذه خمرا) لان المعصية لاتقوم بنفس العصير بل بعد تغيره فصار عند العقد كسائر الاشربة من عسل ونحوه بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (ولو باع مسلم خمرا او فى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه) يعنى كان لمسلم دين على مسلم فباع الذى عليه دين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لايحل للداين ان يأخذ ثمن الخمر بدينه (وان كان المديون ذميا لا يكره) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه وفى الوجه الثانى ان البيع صحيح لانه مال متقوم فى حق الكافر فيملكه البائع فيحل الاخذ منه (ويكره التسعير) لقوله عليه السلام لاتسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فلا ينبغى له ان يتعرض لحقه (الا اذا تعدى ارباب الطعام فى القيمة تعديا فاحشا) كالضعف وعجز الحاكم عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير (فلا بأس به) اى بالتسعير (بمشورة اهل الخبرة) اى اهل الرأى والبصر لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع فان باع باكثر مما سعره اجازه القاضى قيل اذا خاف البائع ان يضربه الحاكم ان نقص من سعره لايحل ما باعه لكونه فى معنى المكره فالحيلة فيه ان يقول له المشترى بعنى ما تحبه فح باى شئ باع يحل كما فى الاختيار وغيره

حكى في الهداية وغيرها ومن باع منهم بعد صدر الامام صح لانه غير مكره على البيع وان لم يوجد الرضى في القدير فالمشترى اذا وجد المبيع ناقصا فله ان يرجع على البائع بالنقصان لان المقدر المعروف كالمشروط (و يجوز شراء ما لا بد للطفل منه) مثل النفقة والكسوة (و بيعه) اى بيع ما لا بد للطفل من بيعه (لاخيه وعمه وامه وملتقطه ان هو) اى الطفل (في حجرهم) وقال الشافعي ومالك لا يجوز شراؤهم وبيعهم له الا بامر الحاكم (وتوجره) اى الطفل (امه فقط) اذا كان (في حجرها) لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه فتملك اتلافها بعوضه والاجارة بالاولوية دون الاخ والعم والملتقط فانهم لا يملكون الاتلاف مادمه ولو في حجرهم هذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط و يسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير واما الاب والجد ووصيهما فانهم يملكون التصرف بحكم الولاية ولهذا لا يشترط ان يكون في ايديهم وحجرهم

( فصل في المفرقات )

(تجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والابل والاقدام) لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل وفي الحديث سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتاج اليه في الجهاد للكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه سعيا في اقامة هذه الفريضة وعن النبي عليه السلام لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال والرهان (فان شرط فيها) اى في المسابقة (جعل من احد الجانبين) مثل ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني اعطيك كذا وان سبقتك لا آخذ منك شيئا (او) شرط فيها جعل (من ثالث لاسبقهما) مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق فله على كذا (جاز) لانه تحريض على آلة الحرب والجهاد لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وفي القياس لا يجوز لانه تعليق المال بالخطر وعند الائمة الثلاثة لا يجوز في الاقدام (وان) شرط (من كلا الجانبين حرم) بان يقول ان سبق فرسك اعطيك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا لانه يصير قمارا والقمار حرام (الا ان يكون بينهما) فرس (محلل كفؤ لهما) اى لفرسيهما يتوهم ان يسبقهما (ان سبقهما اخذ) الجعل (منهما وان سبقاه لا يعطيهما) شيئا او بالعكس يعني شرط انهما او سبقاه يعطيهما وان سبقهما لا يأخذ شيئا منهما كما في التسهيل (وفيما بينهما ايهما

سبق اخذ) المال المشروط (من الآخر) لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وان لم يكن الفرس المحلل مثلهما لم يجز لانه لافائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج حينئذ من ان يكون قمارا (وعلى هذا لواختلف) عالمان (اثنان فى مسئلة واراد الرجوع الى شيخ) فاضل (وجعلا على ذلك جعلا) قال فى المنح اووقع الاختلاف بين اثنين وشرط احدهما لصاحبه انه ان كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا وان كان كما قلت لا اخذ منك شيئا فهذا جائز لانه لما جاز فى الافراس لمعنى يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد فى طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة (ومن دعى) اليها (فليجب وان لم يجب اثم) لقوله عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا وان لم يأكل اثم وجفا كما فى الاختيار (ولا يرفع منها) اى من الوليمة (شيئا ولا يعطى سائلا الا باذن صاحبها) لان الاذن فى الاكل دون الرفع والاعطاء (وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب) سواء كان ممن يقتدى به اولا لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكرا قال على رضى الله تعالى عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله عليه السلام فرأى فى البيت تصاوير فرجع بخلاف ما هجم عليه لانه قد لزمه (وان لم يعلم) ان ثمه (لهوا حتى حضر فان قدر على المنع فعل) المنع لانه نهى عن منكر (والا) اى وان لم يقدر عليه (فان كان مقتدى به اوكان اللهو على المائدة فلا يقعد) لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وقال تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين (والا) اى وان لم يكن مقتدى به ولم يكن اللهو على المائدة (فلا باس بالقعود) والصبر فصار كتشييع الجنازة اذا كان معها نياحة حيث لا تترك التشييع والصلوة عليها لاجل ما عندها من النياحة كذا هنا (قال الامام ابتليت به) اى باللهو (مرة فصبرت وهو) اى قول الامام (محمول على ما قبل ان يصير مقتدى) اذ قد عرفت انه لا رخصة للمقتدى (ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى) حتى التغنى بضرب القضيب (لان الابتلاء انما يكون بالمحرم) قيل ان الابتلاء لا ينفك عن الشر ولو فى المال فلا يرد ما قال فى الاصلاح من انه وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث انتهى لان الابتلاء يستعمل فيما يوجد فيه الشر كما هنا وفيما يفضى اليه غالبا كما فى القضاء ولذا قالوا هنا دل هذا على حرمة كل الملاهى ولم يقولوا دل على حرمة كل ما يطلق عليه كما فى شرح الوقاية لابن شيخ قيل الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز يقال الظاهر انه يجلس معرضا عن اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به

فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام ( والسلام منه ) اى لعضه ( ما هو حرية كالتسبيح ونحوه ) كالتحميد والتكبير والتهليل والصلوة على النبي عليه السلام والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات الآية ( وقد يأثم به ) اى بالتسبيح ( ونحوه اذا فعله فى مجلس الفسق وهو يعلمه ) لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه ( وان قصد به ) اى بنحو التسبيح ( فيه ) اى فى مجلس الفسق ( الاعتبار ) والانحاط ( والانكار ) لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عماهم فيه من الفسق ( حسن ) وكذا من سبح فى السوق بنية ان الناس غافلون فلعلهم تنبهوا الآخرة وهو افضل من تسبيحه فى غير المجامع قال عليه السلام ذاكر الله فى الغافلين كالمجاهد فى سبيل الله كما فى الاختيار ( ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه ) بان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلى على محمد عليه السلام فانه يأثم لانه يكون لامر الدنيا بخلاف الغازى او العالم اذا كبر او هلل عند المبارزة وفى مجالس العلم لانه يقصد به التعظيم والتفخيم واظهار شعائر الدين ( و ) يكره ( الترجيع بقراءة القرآن و ) كذا يكره ( الاستماع اليه ) لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغنى ولم يكن هذا فى الابتداء ولهذا كره فى الاذان ( وقيل لابأس به ) لقوله عليه السلام زينوا القرآن باصواتكم ( وعن النبي عليه السلام انه كره رفع الصوت عند القراءة القرآن والجنازة ) وفى البزازية ويكره رفع الصوت بالذكر ويذكر فى نفسه وقد جاء سبحان من قهر عباده بالموت وتفرد بالبقاء سبحان الحى الذي لايموت ( والزحف ) اى الحرف ( والذكر ) اى الوعظ ( باطل به ) اى برفع الصوت ( عند ) استماع ( الغناء ) المحرم ( الذى يسمونه وجدا ) والظاهر الموصول مع صلته صفة لقوله الغناء لكن فى تسميتهم الغناء وجدا بحث تدبر وفى التسهيل فى الوجد مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلاوجد للانكار فلا تفصيل انتهى وفى القنية ولابأس باجتماعهم على قراءة الاخلاص جهرا عند ختم القرآن ولو قرأ واحد واستمع الباقون فهو اولى ( وكره الامام القراءة عند القبر ) لان اهل القبر جيفة ( و ) كذا يكره ( القعود ) على القبر لانه اهانة ( وجوزها ) اى القراءة عند القبر ( محمد به ) اى يقول محمد ( اخذ ) للفتوى لما فيه من النفع اورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصلى وقد مر فى الحج ويؤيده ما قال فى كتاب المسمى بالحجج من انه اخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا عمران بن ابى عطاء قال شهدت محمد ابن حنيفة صلى على ابن عباس رضى الله تعالى

عنهما فكبر عليه اربعا وادخله من قبل القبلة وضرب عليه فسطاطا ثلثة ايام انتهى وظاهر ان ضرب الفسطاط ليس الا لاجل القراءة لاغير وفى التنوير تطيين القبور لا يكره فى المختار وفى القهستانى ويستحب زيارة القبور فيقوم بحذاء الوجه قربا وبعدا كما فى الحيوة فيقول عليكم السلام يا اهل القبور ويدعوه مستقبل القبلة وقيل الدعاء قائما اولى وقال السرخسى لا بأس بالزيارة للنساء على الاصح ( ومنه ) اى من بعض الكلام ( ما لا اجر فيه ولا وزر بحو قم واقعد ) ونحوهما لانه ليس بعبادة ولا معصية وقيل لا يكتب عليه ولا له لانه لا اجر عليه ولا عقاب وعن محمد ما يدل عليه وعن ابن عباس انه قال الملائكة لا تكتب الا ما كان فيه اجر اووزر وقيل يكتب ثم يمحو ما لا جزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ثم قيل يمحو فى كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الاعمال والاكثرون على انها تمحى يوم القيمة كما فى الاختيار ( ومنه ) اى بعضه ( ما يأثم به كالكذب والغيبة والنميمة والشتيمة ) لان كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل وكذا التملق فوق العادة لان التملق مذموم بخلاف التواضع لانه محمود وفى التنوير ويكره الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة الجماع ( والكذب حرام الا فى الحرب للخدعة وفى الصلح بين اثنين وفى ارضاء الاهل وفى دفع الظالم عن الظلم ) لانا امرنا بهذا فلا يبالى فيه الكذب اذا كانت نيته خالصة ( ويكره التعريض به ) اى بالكذب ( الا لحاجة ) كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعنى امس فلا بأس به لانه صادق فى قصده وقيل يكره لانه كذب فى الظاهر ( ولا غيبة لظالم ) يؤذى الناس بقوله وفعله قال عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه لكى يحذره الناس ( ولا اثم فى السعى به ) اى بالظالم الى السلطان لزجره لانه من باب النهى عن المنكر ومنع الظلم ( ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة ) لانه لا يريد به جميع اهل القرية وكان المراد هو البعض وهو مجهول فصار كالقذف وفى التنوير وكما تكون الغيبة باللسان تكون الغيبة بغمز العين والاشارة باليد وكذا الرمز والكتبة والحركة وكل ما يفهم منه الحق فهو داخل فى الغيبة وهو حرام وفى الدرر رجل يذكر مساوى اخيه المسلم على وجه الاهتمام لا يكون غيبة انما الغيبة ان تذكر على وجه الغضب يريد السب ( ويحرم اللعب بالنرد او الشطرنج ) وقدمر تفصيلهما فى الشهادة ( والاربعة عشر ) وهو لعب يستعمله اليهود ( وكل لهو ) لقوله عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الحديث وفى البزازية استماع صوت الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر اى بالنعمة ( ويكره استخدام الخصيان ) بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد جمع خصى على وزن فعيل لان فيه تحريض الناس

على الحصاء الذى هو مثلة وقد نهى عنها (و) يكره (وصل الشعر بشعر آدمى) سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله عليه السلام لعن الله الواصل والمتوصلة الحديث (و) يكره (قوله فى الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك) بتقديم العين او بتقديم القاف عند الطرفين لان الكراهة فى القول الثانى ظاهرة لاستحالة القعود وكذا فى الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش المحدث والله تعالى بجميع صفاته قديم (خلافا لابى يوسف) فانه يجوز الاول عنده لدعاء مأثور وهو اللهم انى اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وبه اخذ ابو الليث والائمة الثلاثة وقيل وجه الجواز جواز جعل العز صفة للعرش العظيم كما وصف بالمجد والكرم (و) يكره (قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك) او بحق البيت او بحق المشعر الحرام اذ لا حق لاحد على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه (واستماع الملاهى حرام) والانسب ان يذكر بعد قوله وكل لهو (ويكره تعشير المصحف) والتعشير ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن العظيم علامة (ونقطه) بفتح النون اى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه جردوا المصاحف (الا للعجم) الذى لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط (فانه) اى النقط (حسن) خصوصا فى هذا الزمان فالمروى مخصوص بزمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبى عليه السلام كما انزل وكانت القراءة سهلا عليهم لكونهم اهلا فيرون النقط مخلا لحفظ الاعراب والتعشير مخلا لحفظ الآى ولا كذلك العجمى وعلى هذا لا بأس بكتب اسامى السور وعدد الآى فهو وان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (ولا بأس بتحليته) اى المصحف لما فيها من تعظيمه كما فى نقش المسجد وتزيينه وفى القنية ينبغى لمن اراد كتابة القرآن ان يكتبه باحسن خط وابينه على احسن ورقة وابيض قرطاس بافخم قلم وارق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف وعن الامام انه يكره ان يصغر المصحف وان يكتب بقلم دقيق وكذا لا بأس بنقطه المصحف لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول عهد ربى ومنشور ربى عز وجل كما فى القنية (ولا بأس بدخول الذمى المسجد الحرام) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى واحمد يكره فى المسجد الحرام (ولا بأس بعيادته) اى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام وكذا عيادة فاسق فى الاصح وفى التنوير ويسلم على اهل الذمى ولا يزيده على قوله وعليك ان يرد عليه (ويجوز اخصاء البهائم) منفعة للناس لان لحم الخصى اطيب قيل الصواب

خصاء البهائم اذ يقال خصاء اذا نزع خصيته (و) يجوز (انزاء الحمير على الخيل) اذ لو كان هـذا الفعل حراما مارکب النبي عليه السلام البغـلة لمافيه من فتح بابه (و) يجوز (الحقنة للرجال والنساء) للتداوي بالاجماع اولاجل الهزال اذا تخش يفضي الى السـل ولاجناح اذا كان يعتقدان الشافي هو الله تعالى دون الدواء (لا) يجوز الحقنة (بمحرم كالخمر ونحوها) قيل يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول ان اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث النهي كما في حاشية اخي چلبي لكن فيه كلام كما لايخفى تامل (ولا بأس رزق القاضي) من بيت المال (كفاية) يعني يعطى منه مايكفيه واهله في كل زمان سواء كان غنيا في الاصح او فقيرا (بلا شرط) واذا شرط يكون استيجارا باجر على افضل طاعة وذا لايجوز هذا اذا كان بيت المال حلا لا جمع بحق وان كان حراما جمع من باطـل لم يحل اخـذه وقدم تفصيله في القضاء (ولا بأس بسفر الامة وام الولد بلا محرم) لان الاجنبي في الامة بمنزلة المحارم في النظر والمس عند الاركاب وكذا ام الولد لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتق البعض عنـد الامام والفتوى على انه يكره في زماننا لغلبة اهل الفساد (والخلوة بها) اي ولابأس بالخلوة بالامة (قيل تباح) اعتبارا بالمحارم (وقيل لا) تباح لعدم الضرورة (ويكره جعل الراية) اي جعل الطوق الحديد الثقيل المانع من تحريك الرأس (في عنق العبد) لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وفي النهاية لابأس في زماننا لغلبة التمرد والفرار (لا) يكره (تقييده) احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق (ويكره ان تقرض بقالا درهمـا لتأخذ منه) اي من البقال (به) اي بالدرهم (ماتحتاج) من الطعام وغيره (الى ان يستغرقه) اي الدرهم فانه قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه اياه ثم يأخذ منه شيئا فشيئا وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة امانة (والسنة تقليم الاظافير) وفي الدرر رجل وقت لقلم اظافيره وحلق رأسه يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك في غير الجمعة واخره الى يومها تأخيرا فاحشا كان مكروها لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب لما روى عن النبي عليه السلام انه قال من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله تعالى من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة ايام وينبغي ان يدفنه وان القاه فلابأس به ويكره القاؤه في الكنيف والمغتسل (و) السنة (نتف الابط وحلق العانة والشارب) وفي القنية ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال في كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففي خمسة عشر يوما مرة ولاعذر في تركه وراء اربعين (وقصه) اي الشارب

(حسن) وفى حق ائمة زى فى دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر) الداخل فيه (وقص اصبره ويستحب اتخاذ الاوعية انقل الماء الى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لانهن نهين من الخروج فيلزم كب حاجاتهن (وكونها) اى الاوعية (من الخزف افضل) وفى الحديث من اتخذ اوانى بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها من نحاس اورصاص اوشبه اوادم (ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود) جمع اللبد (للبرد) لان فيه منفعة (ويكره للزينة وكذا ارخاء الستر على البيت) يعنى لايكره اذا كان لدفع البرد ويكره ان للتكبر (واذا ادى الفرائض) من النفقة والكسوة وغيرهما (واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوارى جميلة فلا بأس به) لان النبى عليه السلام تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده (والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقى الى ماينفع فى الآخرة اولى) لان ما عند الله خير وابقى

## ( كتاب احياء الموات )

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان مسائل هذا الكتاب مايكره ومالايكره ومن محاسنه التسبب فى الخصب فى اقوات الانام ومشروعيته بقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر وحكمه تملك المحيى ما احياه كما فى العناية الموات لغة حيوان مات وسمى به ارض لامالك لها ولاينتفع بها تشبيها بالموت بالحيوان اذامات وبطل الانتفاع به فالمراد من الاحياء عرفا التصرف والانتفاع بان يبنى فيها بناء اويزرع فيها زرعا اويغرس فيها شجرا اونحو ذلك وشرعا (هى) اى الموات بفتح الميم وضمها على وزن فعال من الموت (ارض لا ينتفع بها) اى بالارض لانقطاع مائها اصلا اوعارضا بحيث لايرجى عوده اولغلبة الماء عليها اونحوهما مما يمنع الانتفاع مثل غلبة الرمل والحجر والشوك ومثل ان يكون الارض مالحة اوغيرها (عادية) اى قديمة غير مملوكة لاحد من زمان بعيد ولذا نسبت الى عاد (اومملوكة فى الاسلام) لكن (ليس لها اليوم) (مالك معين مسلم اوذمى) سواء كان فيها آثار العمارة اولا فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى الموات لكن لوظهر لها مالك يرد عليه ويضمن نقصانها ان نقصت بالزراعة والافلا وعن محمد لايحيى ماله آثار العمارة ولايوجد منه التراب كالقصور الخربة كما فى القهستانى قيد بالمجهول لانها اذا كانت مملوكة لمسلم اوذمى لم يكن مواتا وان مضت عليه

القرون وصارت خربة وفي الذخيرة ان الاراضي التي انقرض اهلها كالموات وقيل كاللقطة ( وعند محمد ان ملكت في الاسلام لاتكون مواتا ) علم انها مالك معين اولا بل تكون لجماعة المسلمين ( ويشترط عند ابي يوسف كونها ) اي الارض ( بعيدة عن العامر ) اي البلد والقرية فان العامر بمعنى المعمور لان الظاهر ان مايكون قريبا من القرية لاينقطع احتياج اهلها اليه كرعي مواشيهم وطرح حصايدهم فلايكون مواتا ( وحد البعيد ) ان يكون في مكان بحيث ( لوصيح من اقصاه ) اي لووقف انسان في اقصى العامر فصاح باعلى صوته ( لايسمع فيها ) فانه موات وان كان يسمع فليس بموات وفي رواية عنه ان البعد قدر غلوة كما في الذخيرة ( وعند محمد ) يشترط ( ان لاينتفع بها ) اي بالارض ( اهل العامر ) من حيث الاحتطاب والاحتشاش الى غير ذلك ( ولو ) وصلية ( قريبة منه ) اي من العامر حتى لايجوز احياء ماينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء مالاينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت الائمة الثلاثة وشمس الائمة اعتمد قول ابي يوسف كما في التبيين وفي القهستاني وبقول محمد يفتى كما في زكوة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما في شرح الطحاوي والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابي يوسف في اشتراطه البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافا لهما ( من احياها ) اي الموات ( باذن الامام ) اونائبه ( ولو ) وصلية ( ذميا ملكها ) اي ملك المحيي الموات ( وبلا اذنه ) اي بلا اذن الامام اونائبه ( لا ) يملكها عند الامام ( خلافا لهما ) فان عندهما يملكها بدون الاذن لانها كانت مباحة ويده سبقت اليها بالخصوص فيملكها كما في الحطب والصيد وبه قالت الائمة الثلاثة الا عند مالك او تشاحا اهل العامر يعتبر الاذن والا لا وللامام ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بدون اذن الامام كسائر المغانم وفي القهستاني وان كان مستأمنا فلا يملكها اصلا بالاتفاق وفي التبيين ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلايخرج عن ملكه بالترك ولواحيي ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيي الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراد ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان في سبب الملك انتهى ( ولايجوز احياء ماقرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم ) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا اوتقديرا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع به مالاغناء

للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقون منها كما في التبيين لكن بين هذا وبين ما نقل آنفا عنه وهو قوله ويجوز احياؤها لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وقول النص وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه مخالفة لان مقتضاهما ان يجوز احياء ما قرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها فتنبه (ولا) يجوز احياء (ما) اي محل (عدل) اي رجع (عنه ماء الفرات ونحوها) كدجلة والشط وغيرهما (واحتمل عوده اليه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (فان) الظاهر وان بالواو (لم يحتمل) عوده الى مكانه ولم يكن على قول ابي يوسف حريما لعامر (جاز) احياؤه لكونه ملحقا بالموات (ومن حجر ارضا ثلاث سنين ولم يعمرها) اي الارض (اخذت) الارض (منه) اي من المحجر (ودفعت الى غيره) اي غير المحجر لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير الاعلام بوضع الاحجار حولها بانه قصد احياءها لكونه من الحجر بالحركة وقيل اشتقاقه من الحجر بالسكون هو المنع لان من اعلم في قطعة ارض من الموات علامة بوضع الاحجار او الشوك في اطرافها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره فكانه يمنع الغير فسمي فعله تحجيرا ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها والتقدير بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق وهذا من طريق الديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول ونظيره الاستيام وجعل المعدن وان حفر بها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كما في التبيين (ومن حفر بئرا في ارض موات فله حريمها ان) حفرها (باذن الامام) عند الامام لانها احياء بالاذن عنده والا لا (وكذا) له حريمها (ان) حفرها (بغير اذنه عندهما) لان حفر البئر احياء عندهما سواء بالاذن او بغير الاذن (وحريم بئر (العطن) التي ينزع الماء منها باليد وبناخ الابل حولها للشرب (اربعون ذراعا) من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا (من كل جانب) عطنا لماشيته ولان الحافر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بحريمها (هو الصحيح) احتراز عما قيل الاربعون من كل الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ما في المتن لان في الاراضي الرخوة يتحول الماء الى ما يحفر دونها فيؤدي الى اختلاف حقه (وكذا) اربعون ذراعا من كل جانب في الصحيح (حريم) البئر (الناضح) التي ينزح الماء بالناضح

عند الامام ( وعندهما للناضح ستون ) اى حريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر ناضح ستون ذراعا وله قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حوله اربعون ذراعا من غير فصل ولما تعارض الخبران اخذنا بالاقل المتيقن وفى المحيط اذا كان عمق الماء زائدا على اربعين يزاد عليها ( وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب ) لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ومن موضع يجرى منه الى المزارع والمراتع فقدر بالزيادة قيل لو كان عادية فحريمها خمسون ذراعا وعند الشافعى ومالك يعتبر العرف فى الحريم مطلقا ( ويمنع غيره ) اى غير حافر البئر او العين ( من الحفر فى حريمه ) لانه بالحفر ملك حريم ذلك المحفور فليس لغيره ان يتصرف فى ملكه ( لا ) يمنع من الحفر ( فيما وراءه ) اى فيما وراء الحريم لعدم تعلقه بما وراءه ( وان حفر احد بئرا فيه ) اى فى داخل الحريم ( ضمن ) بالتشديد الاول للثانى ( النقصان ) لتعدى الثانى بتصرفه فى ملك غيره وطريق معرفة النقصان ان يقوم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما ( ويكبس الاول بنفسه ) اى يملأها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره فانه لا يؤمر بان يبنى جداره بل يضمن قيمة بنائه ثم يبنى بنفسه هو الصحيح كما فى الهداية وقيل لا يضمنه النقصان وان يأخذه بكبس ما احتفره لان ازالة جناية حفره عليه كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وما عطب فى الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد اما ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر للامام انه يجعل الحفر تحجيرا وهو تسبل منه بغير اذن الامام والتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لا يملكه بدون الاذن وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره كما فى الهداية ( وان حفر ) بئرا ( بامر الامام فيما وراءه ) اى فى غير حريم الاول قريبة منه ( فذهب ماء البئر ) الاول وعرف ان ذهابه من حفر الثانى ( فلا ضمان عليه ) لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى البئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له ان يخاصم الثانى كما فى الدرر ( وله ) اى للذى حفر فيما وراء الحريم متصلا بحريم البئر الاولى ( الحريم ) من الجوانب الثلثة ( مما ) اى من جانب ( سوى حريم ) الحافر ( الاول ) لسبق ملك الحافر الاول فيه وان اراد التوسعة عليه حفرا بعيدا من حريم البئر الاولى ( وللقناة ) اى مجرى الماء

تحت الارض ( حريم بقدر ما يصلحها ) اى يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه عند الامام ( وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها ) عنده لكونها في جوف الارض كالنهر وقيل انه مفوض الى رأى الامام كما فى الاختيار ( وعندهما هى ) اى القناة ( كالبئر ) فى استحقاق الحريم ( وان ظهر ماؤها ) اى ماء القناة ( فهى كالعين ) الفوارة ( اجماعا ) فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ( ولا حريم لنهر ) فهو مجرى كبير لا يحتاج الى الكرى فى كل حين ( فى ارض الغير الا ببينة ) اى من كان له نهر فى ارض غيره فليس له حريم عند الامام الا ان يقيم بينة على ثبوت الحريم له ( وعندهما له ) اى للنهر ( مسناة ) اى مسيل نهره لان يمشى عليها ويلقى طينه عليها قيل هذه المسئلة بناء على من احيى نهرا فى ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لكن المحققين من مشايخنا قالوا ان له الحريم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه وهو الصحيح كما فى القهستانى نقلا عن التتمة وهذا الحريم ( بقدر نصف عرضه من كل جانب عند ابى يوسف ) لان المعتبر الحاجة الغالبة وذلك بنقل ترابه الى حافتيه فيكفى ما ذكرناه ( وبقدر عرضه عند محمد ) من كل جانب لانه قد لا يمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى احدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف لهما انه لا انتفاع بالنهر الا بالحريم لانه يحتاج الى المشى فيه لتسييل الماء ولا يمكن ذلك عادة فى بطنه والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان الحريم ثبت فى البئر بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورده ولان الحاجة فى البئر اكثر لانه لا يمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستقاء ولا استقاء الا بالحريم واما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم وفى الشمنى وانما اختلف الامام وصاحباه فى موضع الاشتباه وهو ان يكون النهر موازيا للارض ولا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالغرس حتى لو كان مشغولا بحق احدهما كان احق به بالاتفاق انتهى وانما قلنا هو مجرى كبير لان المجرى لو كان صغيرا يحتاج الى الكرى فى كل وقت فله الحريم بالاتفاق كما فى الكفاية ( وهو ) اى قول محمد ( الارفق ) بالناس الذين هم اهل النهر كما فى الهداية وغيرها وفى القهستانى نقلا عن الكرمانى والفتوى على قول ابى يوسف ( فالمسناة ) مبتدأ خبره قوله الآتى لصاحب الارض وتفريع على الخلاف المذكور اى المسناة التى ( بين النهر ) اى بين نهر رجل صفة المسناة ( والارض ) اى ارض الآخر ( و ) الحال انها ( ليست فى يد احد ) منهما بان لم يكن عليها غرس ولا طين ملقى لواحد منهما والا فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد

وان كان لكل واحد منهما ساية فيشتركان فيها ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف (لصاحب الارض) هذا عند الامام اذ لاحريم للنهر عنده (ولا يغرس فيها صاحب النهر ولا يلقى عليها طينه ولا يمر) لكونها تعديا منه فى حق مالكها (وقيل له) اى لصاحب النهر المرور والقاء الطين فيها (مالم يفحش) وهو الصحيح كما فى التبيين وغيره لانه لايبطل بذلك حق صاحب الارض وبذلك جرت العادة ولكن لايغرس فيه الا المالك (وعندهما هى) اى المسناة (لرب النهر فله ذلك) اى الغرس والالقاء والمرور بناء على اصلهما كما مر آنفا (وقال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين) فلا يغرس فيها صاحب النهر كيلا يبطل حق مالكها ولكن يلقى الطين للحاجة والضرورة (ومن غرس شجرة فى ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب) كما جزم به فى المختار حيث قال ولو غرس شجرة فى ارض موات فحريمها من كل جانب خمسة اذرع ليس لغيره ان يغرس فيه انتهى (يمنع غيره من الغرس فيه) لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه

## ( فصل فى الشرب )

لما فرغ من احياء الموات ذكر مايتعلق من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وفى القهستانى الشرب بالكسر اسم المصدر فهو لغة الماء المشروب واليه اشار بقوله (هو) اى الشرب (النصيب) قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اى نصيب (من الماء) اى الحظ المعين من الماء الجارى او الراكد للحيوان او الجماد وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب (والشفة شرب بنى آدم) اى استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها (و) شرب (البهائم) اى استعمالهن الماء للعطش ونحوه مما يناسبهن والبهيمة مالانطق له وذلك لما فى صوته من الابهام لكن يخص التعارف بما عدا السباع والطير كما فى القهستانى (الانهار العظام كالفرات) نهر الكوفة (ودجلة) نهر بغداد وغيرهما (غير مملوكة) لاحد لعدم يد فيها على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز (ولكل احد فيها) اى فى الانهار العظام (حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه) لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلثة الماء والكلاء والنار لان الانتفاع بالانهر كالانتفاع بالشمس والقمر لايمنع منه احد على اى وجه كان وشرط لجواز الانتفاع

(ان لم يضر) النهر (بالعامة) وان كان يضر بانه فال الماء الى جانب او غرق
الاراضي ليس له الشق ونصب الرحى دليله لان شق النهر للرحى كشقه للسقي
(وفي الانهار المملوكة والقنوات والآبار والحياض لكل) احد (حق الشفة) وحق سقي
الدواب (ان لم يخف التخريب بكثرة المواشي) حتى لو خاف التخريب لكثرة
الدواب يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما ثبت حق الشرب لغيره
للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه (او) لم ينقطع (الاتيان
على جميع الارض) وفي الهداية الشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا او فيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل
لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه
انتهى وفي العين واختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع لاطلاق ما روينا آنفا وقال
اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي انتهى ولهذا اختار المص المنع
تابعا للاكثر (لا سقي ارضه او شجره) اي ليس لاحد سقي ارضه وشجره من نهر
غيره وقناته وبئره وحوضه (الا باذن مالكه) لان الحق له فيتوقف على اذنه
وفي المنح نقلا عن الخانية نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر
ليس له ان يسقي منه ارضا او شجرا او زرعا ولا ان ينصب دولابا على النهر لارضه
وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره اختلف
المشايخ والاصح ان له ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه (وله) اي لكل احد
(الاخذ) اي اخذ الماء منها (للوضوء وغسل الثياب) ولو بغير رضاه فلا يلزم
ما هو ممنوع شرعا (وسقي شجر وخضر) اخذهما (في داره بالجرار في الاصح)
قال في المنح لو اتخذ في داره خضرة او شجرة واراد ان يسقي ذلك بالاواني من نهر
غيره اختلفوا فيه قال بعض مشايخ بلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب الماء كما ليس له سقي
شجرة او خضرة في غير داره وقال شمس الائمة السرخسي انه لا يمنع من هذا المقدار
واختار المص ما قال السرخسي لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
(وما احرز من الماء بحب او كوز ونحوه لا يؤخذ الا برضاء صاحبه وله)
اي لصاحب الماء المحرز (بيعه) اي بيع الماء لانه ملكه بالاحراز وصار
كالصيد اذا احرزه الا انه لا قطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث
فان قيل بهذا الاعتبار ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى
خلق لكم ما في الارض جميعا يصير شبهة قلنا قوله تعالى خلق لكم
ما في الارض مقابلة الجمع بالجمع فيقتضي انقسام الآحاد بالآحاد كقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز ان يأخذ

على الاربع وفيما نحن فيه من الحديث اثبت الشركة للناس عاما ( ولو كانت البئر والعين او النهر فى ملك احد فله ) اى لصاحب الماء ( منع من يريد الشفة من الدخول ) اى فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى ارض مباحة لعدم الضرورة ( فان لم يجد غيره ) اى غير ذلك الماء ( لزمه ) اى صاحب الماء ( ان يخرج اليه الماء او يمكنه ) من التمكين ( من الدخول ) بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى الارض مملوكة له اما اذا احتفرها فى ارض موات ليس له ان يمنعه كما فى الهداية ( فان لم يفعل ) ما ذكر من الاخراج والتمكين ( وخيف العطش ) على نفس الطالب او دابته ( قوتل بالسلاح ) لاثر عمر رضى الله تعالى عنه ولانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك ( وفى ) الماء ( المحرز ) فى الاوانى ( يقاتل بغير سلاح ) يعنى عند خوف الهلاك اذا كان فيه فضل من حاجته ولا يقاتله بالسلاح لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الا انه مأمور ان يدفع اليه قدر حاجته فبلمنع خالف الامر فيؤدبه الى القتال كما فى الاختيار ( كما فى الطعام حال المخمصة ) والمفهوم من الكافى وغيره جواز ان يقاتله بالسلاح لانه قال الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير

( فصل )

فى كرى الانهار ( وكرى الانهار العظام من بيت المال ) خبر كرى الانهار وفى الهداية الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد اى قط كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة والا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه والاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب ( وان لم يكن فيه ) اى فى بيت المال ( شئ فعلى العامة ) اى فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يجتمعون ولا ينفقون عليها بانفسهم ولا يقيمونه ان لم يجبرهم الامام عليه وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكرى من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعله فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق على القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء ( وكرى ما ملك ) ودخل ماؤه فى المقاسم قوله ملك على صيغة المبنى للمفعول

على اربابه وهذا النوع انسانى ان يكون عاما من وجه وخاصا من وجه والثانى ان يكون خاصا من كل وجه والفارق بينهما ان ما يستحق به الشفعة فهو خاص من كل وجه وما لا يستحق فهو عام من وجه فذكر به على اهلها لا على بيت المال لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (لا على اهل الشفة) لانهم لا يختصون اولاهل الدنيا كلهم حق الشفة ولانهم اتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع (ويجبر من ابى) عن الكرى دفعا الضرر بقية الشركاء وقيل لا يجبر فى المملوك الخاص لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه بالكرى بامر القاضى ثم رجع على الابى ولا كذلك الاول (ومؤنته) اى مؤنة الكرى المشترك (عليهم) اى على الارباب (من اعلاه) اى من اعلى النهر (واذا جاوز) الكرى (ارض رجل) من الشركاء (سقطت) المؤنة (عنه) اى عن الرجل (عند الامام) وفى الخانية الفتوى على قوله (وليس له) اى للرجل (سقى ارضه مالم يفرغ شركاؤه) عن الكرى لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه (وقيل له) اى للرجل (ذلك) اى السقى قبل فراغهم (وعندهما هى) اى المؤنة (عليهم) اى على الارباب (جميعا من اوله) اى من اول النهر (الى آخره بحصص الشرب) وبيانه ان الشركاء فى النهر اذا كانوا عشرة مثلا فعلى كل واحد منهم عشر مؤنة الكرى فاذا جاوز عن ارض احدهم فعلى كل من الباقين تسعها واذا تجاوز عن ارض اخرى فعلى كل منهما ثمنها وهكذا عند الامام وقالا على كل منهما اعشار من اول الكرى الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه رفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد والاول اصح لان له رأيا فى اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله اذا جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقى ارضه لانتهاء الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه كما فى الهداية (وتصح دعوى الشرب بلا ارض) استحسانا لان الشرب قد يملك بلا ارض ارثا ووصية وقد يباع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فصار هو مرغوبا منتفعا به فتصح الدعوى وتقبل البينة وفى القياس لا تصح دعواه بدونها لعدم تحقق شرط صحة الدعوى وهو الاعلام والشرب لا يقبل الاعلام لجهالة المقام (ومن كان له نهر يجرى فى ارض غيره فاراد رب الارض

منع الاجراء ) فی ارضه ( فليس له ) ای للرب ( ذلك ) ای المنع ويتركه على حاله لان موضع النهر مستعمل له باجراء مائه فيكون فی يده فعند الاختلاف يكون القول قوله فی انه ملكه ( فان لم يكن ) ای النهر ( فی يده ) اولم يكن له اشجار ولا طين ملقی علی جانبی النهر ( اولم يكن جاريا فادعی انه ) ای النهر ( له وقصد اجراءه لا يسمع بلا بينة انه ) ای النهر ( له اوانه كان له حق الاجراء ) فی هذا النهر يسوقه الی ارضه لسقيها فيقضی له به لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوی فيه اوحق الاجراء باثبات الجری من غير دعوی الملك ( وعلی هذا المصب فی نهر اوسطح والميزاب والممشی فی دار الغير ) فحكم الاختلاف فيها نظيره فی الشرب وقع فی نسخة المصن بالواو فی الميزاب والممشی لكن الظاهر باو وفيهما تدبر ( وان اختصم جماعة فی شرب ) ای نهر بين قوم اختصموا فی الشرب فالنهر ( بينهم قسم ) الشرب ( علی قدر اراضيهم ) لان الحق بالشرب سقی الاراضی والحاجة الی ذلك تختلف بقلة الاراضی وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر اراضيه و بقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فی ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فی ذلك سعة الدار وضيقها لان الحق فيه التطرق ولا يختلف باختلاف الدار الواسعة والضيقة ( ويمنع الاعلی ) منهم ( من سكر النهر ) ای من سده يعنی اذا كان ارض الاعلی منهم مرتفعة والماء قليلا بحيث لا يمكنه سقی ارضه تمامها الا بسده لم يكن له ذلك لان الماء يكون محبوسا عن الباقين فی بعض المدة وفيه منع لحقهم فلو انحدر الماء من الجبل الی وجه الارض فانتشر لا يمنع الاعلی منه بل يكون لمن سبق اليه يده وفيه اشعار بانه يشرب بقدر مايدخل فی ارضه بدون السكر انتهی ( بلا رضاهم ) ای بلا رضاء الشركاء الباقية ( وان ) وصلية ( لم تشرب ارضه ) ای الاعلی ( بدونه ) ای السكر فان تراضوا علی ان يسكر الاعلی النهر حتی يشرب بحصته اواصطلحوا علی ان يسكر كل رجل منهم فی نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب لا يسكر بما ينكبس به النهر كالطين والتراب من غير تراض لكونه اضرارا بهم فان لم يسكر باللوح فبالتراب ولو كان الماء فی النهر بحيث لا يجری الی ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتی يروو اثم بعد ذلك لاهل الاعلی ان يسكروا ليرتفع الماء الی اراضيهم ( وليس لواحد منهم ) ای من الشركاء ( ان يشق منه ) ای من النهر المشترك ( نهرا او ينصب عليه رحی او ) ينصب عليه ( دالية ) وهی بالفارسية چرخ آب ( او ) ينصب عليه ( جسرا ) وهو اسم لما يتخذ من الخشبة والالواح علی النهر ( بلا اذن البقية ) اذ بالشق يكسر ضفة النهر

بالشركة وبالنصب متعرض من نصيبه الذي كان يجري عليه ويبعد لمايت النهر فيتوقف على اذن شريكه (الارحى في ملكه ولا تضر بالنهر ولا بمائه) اى الا اذا وضع رحى في ملكه بان وقع في بطن النهر وكان جانبا ملكاله والاخر حق التسييل حال كونه غير مضر بالنهر من كسر ضفته ولا بالماء من اخراجه عن سننه فيجوز كما ذكر آنفا (ولا ان يوسع فم النهر) اى نهره في ارضه لانه يكسر طرف اصل النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء (ولا ان يقسم بالايام) او مناصفة بعد كون (القسمة) من القديم (بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد يضم الكاف في المفرد فالجمع كوى كعروة وعرى ويجوز فيه المد والقصر والمراد ثقب في الخشب او الحجر يجرى الماء الى المزارع او الجداول اى ليس لواحد منهم ان يقسم بالايام ولا مناصفة مع ان القسمة قد كانت من القديم بالكوى وكذا ان يقسم بالكوى وقد كانت بالايام لان القديم يترك على قدمه الا ان يرضى الكل (ولا ان يزيد كوة) اى اوكان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة (وان) وصلية (لم يضر بالباقين) لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى كما في الهداية (ولا ان ينقص بعض كواه) وفي التبيين ولو اراد الاعلى من الشريكين من النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عنها كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر وكذا اذا اراد ان قسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما (ولا) اى ليس لواحد (ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها) اى للارض الاخرى (منه) اى من ذلك النهر (شرب) لاحتمال ان يدعي رب الارض بتقادم العهد حقا لتلك الارض في الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى تنتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذا لارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى (فان رضي البقية) اى بقية الشركاء (بشيء من ذلك) المذكور من النقص والزيادة والقسمة من الايام وغيرها (جاز) لان الحق (لهم) ولهم اسقاطه (ولهم) اى للبقية (نقضه بعد الاجازة وورثتهم من بعدهم) لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قدمت وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه من صاحبه فيرجع فيها هو وورثته اى وقت شاء لان العارية غير لازمة كما في التبيين (والشرب يورث) لكونه حقا

مايا تجري فيه الارث ( ويوصى بالانتفاع به ) اى بعينه لا برقبته اذ الوصية كالارث فى الثبوت بعد الموت فيصير حكمهما كحكمه وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية لانها من اوسع العقود حتى جازت بالمعدوم بالمعدوم كما فى المنح ( ولا يباع الشرب ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به بلا ارض ) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولكونه غير متقوم حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وفى الهداية ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما فى حال حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب له فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين ( ولا يجعل ) الشرب ( مهرا ) حتى لو تزوج امرأة على ان يكون الشرب مهرا لها يجب مهر المثل عليه لا الشرب ( ولا ) يجعل ( بدل صلح ) فيكون المدعى على دعواه ( ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت ارض جاره ) اوغرقت لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان الشرط وجوب الضمان فى السبب ان يكون متعديا وانما قلنا ليس بمتعد فيه لان له ان يملأ ارضه ماء ويسقيها كما فى المنح وفى القهستانى هذا اذا اسقى فى نوبته مقدار حقه واما اذا اسقى فى غير نوبته اوزاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد وذكر فى التتمة انه اذا سقى سقيا غير معتاد فتعدى ضمن وعليه الفتوى ( ولا ) يضمن ( من سقى من شرب غيره ) لان الشرب ليس بمال متقوم وهذا على رواية الاصل وهو مختار الامام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى كما فى القهستانى وفى الزاهدى من سقى من شرب غيره يرفع الى السلطان ليؤدبه بالحبس والضرب وفى المنح وان اخذ خمرة بمدمرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان رأى ذلك

## ( كتاب الاشربة )

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك قلت بان السكر حرام فى جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالحرمة واعلم ان الاصل فى الاشياء كلها سوى الفروج الاباحة قال الله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا وقال كلوا مما فى الارض

حلالا طيبا وانما تثبت الحرمة بعارض نص مطلق او خبر مروي فلم يوجد شيء من الدلائل المحرمة فهي على الاباحة وقد دل كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية وقول النبي عليه السلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها وقد تواتر تحريمها عن النبي عليه السلام وعليه اجماع الامة والسكر من كل شراب فالشراب لغة اسم لما يشرب ماء كان او غيره حلالا او غيره واصطلاحا ما هو مسكر وما يستخرج منه وهو اكثر من عشرة عند بعض اصحابنا والمضاف محذوف اي شرب الاشربة واصولها الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والالبان كلبن الابل والرماك والمتخذ من العنب خمسة انواع او ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقي واحد وكل منها على نوعين نيء ومطبوخ كما سيأتي (تحرم الخمر) وان قلت (وهي التي) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلا) من غلا يغلي غليا وغليانا اي صار اسفله اعلى (واشتد) اي قوي بحيث اصبح مسكرا (والقذف بالزبد) بالتحريك اي رماه بحيث لا يبقى فيه شيء من الزبد فيصفو ويروق (شرط) عند الامام لان الغليان بداية الشدة والقذف بالزبد والسكون كمال الشدة اذ به يتميز الصافي من الكدر (خلافا لهما) لان عندهما وعند الائمة الثلاثة لا يشترط فيه القذف بالزبد لانه يسمى خمرا قبل القذف وفي المنح والغليان والشدة شرط بالاجماع وفي النهاية ولا يحد بدون القذف احتياطا به قال ابن الشيخ في شرح الوقاية وخص اسم الخمر بالنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا بالاتفاق اهل اللغة واستعمل فيه وقال بعض الناس لفظ الخمر اسم لكل مسكر نيا كان او مطبوخا من ماء عنب او غيره لانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر واجيب عنه بانه سمي هذا خمرا لتخمره وهو الشدة والقوة او لاختماره وهو تغير ريحه لا للمخامرة ولو سلم انه سمي لمخامرته العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمرا كالنجم لانه اسم خاص بالكواكب لظهوره وهذا لا يدل على ان كل ما ظهر يسمى نجما مع ان المناسبة في الوضع تعتبر تارة كما في النجم والخمر وقد لا تعتبر تارة كما في الخرز والجدار (و) تحرم (الطلاء) بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف (وهو ما طبخ منه) اي من ماء العنب (فذهب اقل من ثلثيه) كما في الوقاية والكنز لكن في التبيين نقلا عن المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما سمي من قريب ولو يريد المحيط تفسير الجوهري اياه بما ذهب ثلثه وفي النهاية كما في المنح تفسير الذاهب اقل من ثلثيه

ويسمى البـاذق ايضـا سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعدان لم يكن الذاهب ثلثـين ( فان ذهب نصفه ) بالطبخ وبقى النصف ( يسمى منصفـا وان طبخ بادنى طبخة يسمى باذقا ) اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب اقل من ثلثيه سواء كان اقل من الثلث او النصف بعد ما صار مسكرا ( اذا غلا واشتد ) وقذف بالزبد عـلى الاختلاف لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليـله الى كثيره كالخمر ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به الفساد وقال الاوزاعى انه مبـاح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ( و ) يحرم ( السكر ) وفى المغرب بفتحتين عصير الرطب ولهـذا قال ( وهو النى من ماء الرطب ) وفى المنح واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت فسره الجوهرى بنبيـذ التمر وفى الهداية السكر هو النى من ماء التمر اى الرطب وفى العنـاية انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من ماء التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول الشيخين فبين قولى الجوهرى والفقهاء نوع مخالفة فليتأمل وانما يحرم ( اذا غلا واشتد ) وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبدالله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعـالى ومن ثمرات النخيل والاعنـاب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنـا لان الذكـر وقع فى موضع المنة وهى لا تتحقق بالمحرم قيـل فى جوابه ان توصيـف المعطوف بالحسـن لايخ من الدلالة عـلى ان فى المعطوف عليـه قبحا مع ان الامتنان مشـوب بالتوبيخ هو تتخذ ون سـكرا وتدعون رزقا حسنا ( و ) يحرم ( نقيع الزبيب ) وهى النى من ماء الزبيب ( اذا غلا واشتد ) ويأتى فيه خلاف الاوزاعى ( واشتراط قذف الزبد فيهن ) اى فى النقيـع والسـكر والطلاء ( عـلى ما فى الخمر ) اى على الخلاف الواقع فيهـا ( والكل ) من الطلاء والمنصف والبـاذق والسكر والنقيع ( حرام ) لحديث كل مسكر حرام ولانه لاخلاله بسلامة العقل ( وحرمتهـا ) اى حرمة هذه الاشيـاء ( دون ) حرمة ( الخمر فنجاسـة الخمر غليظـة ) رواية واحدة كالبول لثبوت حرمتها بدليـل مقطوع ( ونجاسـة هذه ) الاشيـاء ( مختلف فى غلظتهـا وخفتهـا ) فان نجاستهـا خفيفة فى رواية ( ويكفر مستحل الخمر ) لانكاره الدليل القطعى ( دون هذه ) الاشياء لان حرمتها غير قطعية بل اجتهادية ( ويحد بشرب قطرة من الخمر وان ) وصلية ( لم يسكر بخلاف هذه الاشياء ) اى لا يحد فيها مالم يسكر منها لان الحد ورد فى النى خاصة ولايتعدى الى المطبوخ ( ويجوز بيع هذه ) الاشياء ( ويضمن متلفها ) عند الامام ( خلافا لهمـا ) كامر فى الغصب ( وفى الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان على المتلف ( اجمـاعا ) اما عدم جواز البيع فلقوله عليه السـلام ان الذى

يحرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واما عدم الضمان فلسقوط تقومها في حق المسلم (او طبخت بالجمر او غيرها) من الاشربة المحرمة (بعد الاشتداد لا قبل وان) وصلية (ذهب الثلثان) وفي الثلث لان الطبخ لا يمنع من ثبوت الحرمة ولا رفعها بعد ثبوتها (لكن قال لا يحد) من شرب ذلك المطبوخ (ما لم يسكر) لان الحد في القليل ورد في النئ والطبخ يورث الشبهة والحد يندرئ بها وعند السكر يلحق بالخمر (ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة) وهو ان يطبخ الى ان ينضج (وان) وصلية (اشتد) بحيث (ما لم يسكر) بلا لهو وطرب بل بنية تقو ولقوله عليه السلام لا تنبذوا الرطب والزبيب معا ولكن انبذوا كل واحد منهما على حدته وهذا نص على ان المتخذ من كل واحد منهما فرادى مباح وهذا محمول على المطبوخ منه اذ النئ حرام باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفي الهداية ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما ذكرنا انتهى هذا مخالف لما قاله وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال تتبع (وكذا) يحل (نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة) وفي الهداية ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند الشيخين اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم انتهى لكن ينافي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب الا ان يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر كما في التسهيل لكن يرد عليه ما روى عن النبي عليه السلام انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وقال كل مسكر خمر الا ان يقال ليس بثابت وان سلم ثبوته فهو محمول على القدح الاخير تتبع فان اقوال الفقهاء في هذا المحل مضطربة (والخليطين) من الزبيب والتمر (طبخت اولا) هذا قيد لقوله وكذا نبيذ العسل الى هنا لكن في الهداية وغيرها من المعتبرات ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان مذهب ابن عمر نقيع الزبيب كان حراما وهو النئ منه والا يؤدي الى التناقض وما روى من النهي عن الخليط محمول على حالة القحط وكان ذلك في الابتداء والاباحة في حالة السعة انتهى فعلى هذا ظهر المنافاة بين قول المص وهو طبخت اولا وبين قول

الهداية وغيرها وهو وكان مطبوخا لكن يمكن التوفيق بان قول الهداية وغيرها بعد الاشتداد وقول المص وهو طبخت اولا قبل الاشتداد ويؤيده ماروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت نتبذ لرسول الله عليه السلام في سقاه فياخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فيطرحهما فيه ثم يصب عليه الماء فينتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذ عشية فيشربه غدوة فعلم انه قبل الاشتداد لانه لايشتد في الغدوة وكذا في العشية غالبا تدبر (وكذا) يحل (المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه) وبقي الثلث ولا يعتبر بما خرج من القدر من شدة الغليان من الزبد فلو طبخ عشرة اصوع من العصير فذهب صاع بالزبد طبخ الباقي حتى يذهب ستة اصوع ويبقى الثلث فيحل وينبغي ان يطبخ موصولا فاذا انقطع الطبخ ثم اعيد فان كان قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل والاحرم وهو المختار للفتوى كما في القهستاني (وان) وصلية (اشتد) وقذف مالم يسكر بلانية لهو وطرب عند الشيخين لانه لغلظته لايدعو الى اكثار شربه وهو في نفسه غذاء فبقي على اصل الاباحة كما مر تفصيله قبيله وفي الهداية والذي يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لايزيده الاضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا كل لان الماء يذهب اولا للطافة اويذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب (وفي الحد بالسكر منها) اي من هذه الاشياء (روايتان والصحيح وجوبه) اي وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك (ووقوع طلاق من سكر منها) اي من هذه الاشياء (تابع للحرمة) فمن قال انها حرام يقع طلاق من سكر منها ومن قال انها حلال لايقع طلاق من سكر منها لانه بمنزلة النائم وذهاب العقل بالبنج وابن الرماك (والكل حرام عند محمد) وعند مالك والشافعي (وبه) اي بقول محمد (يفتى) لفساد الزمان وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه (والخلاف) بينه وبين الشيخين (انما هو عند قصد التقوى بشربها) (اما عند قصد التلهي فحرام اجماعا) فانه يقع الطلاق بالاجماع لان التلهي حرام ومايؤدي الى الحرام فهو حرام ايضا (وخل الخمر حلال) لزوال اشتدادها الذي هو علة الحرمة (ولو) وصلية (خللت بعلاج) بالقاء ملح اوخل عندنا لقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح كدبغ الجلد بازالة صفة الاسكار وعند الشافعي يكره تخليلها ولايحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قول واحد لاحتمال بقاء اجزاء الخمر

وان صب في الخمر الماء ففي طهارة الخل الحاصل به قولان ثم اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر فقيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر ولو صب فيه الخل تخلل من ساعته طهر الاعلى (ولا بأس بالانتباذ) اي اتخاذ النبيذ (في الدباء) وهو القرع (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة وهو الجرة الخضراء وقال هو الجرة الحمراء يحمل فيها الخمر ويؤتى بها من نواحي الشام (والمزفت) هو الوعاء المطلي بالزفت (والنقير) هو الخشب المنقور لان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم استعمال هذه الظروف تشديدا في تحريم الخمر ليتركه الناس فلما مضت الايام ابيح استعمالها لاستقرار الامر بالتمام وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته وفي الخانية انه حكي عن الفقيه ابي جعفر ان الخمر اذا صارت خلا يطهر الظرف كله ولا يحتاج الى ذلك التكلف وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهو اختيار صدر الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى اعلاه فيطهر كله (ويكره شرب دردي الخمر) وهو ما بقي في اسفله (والامتشاط به) اي بدردي الخمر وانما خص الامتشاط بالذكر مع ان الانتفاع به حرام لان له تأثيرا في تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر وهذا هو المفهوم من الهداية وغيرها ولذا قال في مختصر الوقاية وحرم شرب دردي الخمر (ولا يحد شاربه بلا سكر) لان وجوب الحد للزجر عن الميل والطبع لا يميل الى الدردي فقليله لا يدعو الى كثيره خلافا للشافعي فانه قال يحد لانه شرب جزءا من الخمر (ولا يجوز الانتفاع بالخمر) لان الانتفاع بالنجس حرام كما حققناه في الكراهية (ولا) يجوز (ان يداوى بها) اي بالخمر (جرح) بضم الجيم (ولا) يجوز ان يداوى بها (دبرة) لانه نوع انتفاع والدبرة بالتحريك قرحة دابة (ولا يسقى آدميا ولو) وصلية (صبيا للتداوي) كما بيناه في الكراهية (ولا تسقى الدواب) مطلقا (وقيل) ان اريد سقي الدواب (لا تحمل الخمر اليها) اي الى الدابة (فان قيدت) اي الدابة (الى الخمر فلا بأس به) اي بالقود لانه لا يكون حاملها (كما في الكلب والميتة) فانه ان دعاه اليها فلا بأس به وان حملها اليه لا يجوز (ولا بأس بالقاء الدردي في الخل) لانه يصير خلا (لكن يحمل الخل اليه) اي الى الدردي (دون عكسه) اي لا يحمل الدردي اليه لان النجس لا يحمل

## ( كتاب الصيد )

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كان منها ما هو حلال وحرام كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بقوله وخلق لكم ما في الارض جميعا وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون اظهارا للجلادة وقد يكون للتفرج ( هو ) اى الصيد مصدر بمعنى الاصطياد ثم صار اسما للصيد الممتنع بقوائمه او بجناحيه لان المصدر يطلق على المفعول كضرب الامير وهو ( جائز بالجوارح المعلمة ) من الكلب والفهد والبازى والشاهين والباشق والعقاب والصقر ونحوها وقيده صاحب التنوير بشرط قابلية التعليم و بشرط كون الحيوان الذى يصاد به ليس بنجس العين فلا يجوز الصيد بدب واسد لعدم قابلية التعليم ولا يجوز بالخنزير لنجاسة عينه فلا حاجة الى الاستثناء فعلى هذا ينبغى ان لا يجوز الاصطياد بالكلب على القول بنجاسة عينه الا ان يقال ان النص ورد فى حل الاصطياد به بخصوصه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله اى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب والمكلبين المسلطين وقيل ان يكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة و يمكن حمل الآية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن والمعلم من الكلاب مؤدبها ثم عم فى كل ما ادب جارحة بهيئة كانت اوطيرا كما فى التبيين ( والمحدد من سهم وغيره ) لقوله عليه السلام اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل ( لما يؤكل لاكله ) اى يجوز اصطياد ما يؤكل لحمه بما ذكر لاكله ( و ) يجوز اصطياد ( ما لا يؤكل لحمه لجلده وشعره ) لاطلاق قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم ❊ صيد الملوك ارانب وثعالب ❊ واذا ركبت فصيدى الابطال ❊ ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى الهداية ( ولا بد فيه ) اى فى الصيد ( من الجرح ) اى فى موضع منه فات بعد جرحه يؤكل فى ظاهر الرواية لان الذبح الاختيارى يحصل بالجرح وكذا الذبح الاضطرارى وعن ابى يوسف وهو رواية الحسن عن الامام والشافعى فى قول انه لا يشترط الجرح لان الجوارح

في الآية معنى الكواسب لقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم والمدرج
بالذات وبحل حقيقة كما مر قبله (و) لابد فيه من (كون المرسل) اي
مرسل الجوارح (او الرامي مسلما او كتابيا) وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو
ما ذكرنا في الذبائح وبه يصير اهلا للذكوة (وان لا يترك التسمية عمدا عند الارسال
او الرمي) لقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله تعالى فكل شرط التسمية لحل الاكل وعند الشافعي لا تشترط في رواية
قيد بالعمد لانه لو تركه ناسيا حل ايضا كما مر في الذبائح (وكون الصيد ممتنعا)
من الآدمي قادرا على الامتناع بالقوائم او الجناحين متوحشا قال ابن الشيخ
في شرح الوقاية فالحيوان كالظبي والارنب اذا وقع في الشبكة او سقط في البئر
او كان مسبعا مجروحا هو متوحش غير ممتنع واذا استأنس بالآدمي هو ممتنع غير
متوحش فلا يجري الحكم المذكور من الذبح الاضطراري وان كان ممتنعا ولم يكن
متوحشا في الاصل كالبقر لا يكون صيدا وان كان متوحشا كالذئب والثعلب
لا يكون من الذبائح لانه لا يؤكل بل يكون صيدا لدفع مضرته (و) لابد (ان لا يقعد)
المرسل او الرامي (عن طلبه بعد التواري عن بصره) الا ان يقعد لحاجة
انسانية كقضاء حاجة واكل عن جوع وشرب عن عطش وصلوة عن فرض
وجلوس عن عي فان قعد عن طلبه بلا ضرورة فوجده ميتا يحرم اكله لقوله عليه
السلام لعل هوام الارض قتلته كما سيأتي تفصيله (و) لابد (ان لا يشارك
المعلم غير المعلم) بفتح اللام فيهما فلو ارسل الكلب المعلم وشاركه غير المعلم في جرح
صيد لم يؤكل لانه اجتمع فيه المبيح والمحرم والاحتراز عنه ممكن فيرجح المحرم
احتياطا ولو شاركه في اخذه دون الجرح كره كراهة التحريم على الصحيح
(او) ان لا يشاركه المعلم (مرسل) اسم مفعول مضافا الى (من لا يحل ارساله)
ككلب المرتد او الوثني او المجوسي او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية
عمدا ابتداء (وان لا تطول وقفته) اي وقفة المعلم (بعد الارسال) حتى
لا ينقطع ارساله بالتسمية (لغير اكمال للصيد) فلو وقف الفهد وكمن للاحتيال
في الاخذ فلا يحرم لان ذلك عادته وكذا بعض الكلاب فلا ينقطع به فور الارسال
كما سيأتي (ويجوز بكل جارح علم) من السباع والطير (من ذي ناب او مخلب)
اخذ الصيد بطريق الشرع وفيه اشعار بان ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده
لانه لم يجرح كما في القهستاني (ويثبت التعلم بغالب الرأي او بالرجوع الى
اهل الخبرة) عند الامام فان عنده لا يوقت فيه لان المقادير لا تعرف اجتهادا
بل سماعا ولا سماع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها واختيار
اهل الخبرة ولان ذلك يختلف باختلاف طباعها (وعندهما) وهو رواية

عن الامام (يثبت) التعلم (في ذي الناب بترك الاكل ثلاثا) لان تركه مرة يحمل على الشبع ومرتين على الترك بالشبك واذا تركه ثلاثا لا يحمل على ترك لا ذهاب والاستلاب يقينا لان الثلاث مدة ضربت الاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار (و) يثبت التعلم (في ذي مخلب بالاجابة اذا دعى بعد الارسال) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدنه لا يتحمل الضرب للتعليم كما يتحمل الكلب ونحوه فاكتفى بغيره مما يدل على التعلم فان في طبعه نفورا فيعرف زواله برجوعه بالدعاء سواء كان الرجوع بطمع اللحم اولا وقيل اوكان يرجع بلا طمع فهو معلم والا فلا واما الفهد مما يتحمل الضرب فتعلمه بترك الاكل والاجابة جميعا لان في طبعه الافتراس مع النفور (ولو اكل منه) اى من الصيد (البازى اكل) اى يحل اكل الباقي من هذا الصيد لان تعلمه بالاجابة لا بترك اكله بالاجماع الا عند الشافعي في الجديد لا يؤكل (لا) اى لا يؤكل (ان اكل منه الكلب اوالفهد) عندنا مطلقا سواء كان نادرا او معتادا وللشافعي قولان فيما اذا اكل نادرا في قول يحرم وفي قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ماظهرت عادته فيه وهل يحرم ما اكل منه قبل الذي ظهرت به عادته فيه وجهان والاصح ما قلنا لقوله عليه السلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل مما امسكن عليك الا ان يأكل الكلب فلا تأكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه كما في التبيين وغيره (فان اكل) ذو الناب من الصيد (او ترك) ذو المخلب (الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ماصاده بعده) اى بعد ترك الاكل ثلاث مرات على التوالي او بعد ترك الاجابة (حتى يتعلم) على الخلاف الذي بيناه آنفا (وكذا ما صاد قبله) اى حرم ما صاده قبل اكله وقبل ترك الاجابة لانه علامة الجهل في الابتداء فظهر ان الحكم عليه بالتعلم خطاء (وبقي في ملكه) بان كان محرزا في بيته عند الامام (خلافا لهما) فان عندهما لا يحرم الا الذي اكل منه لان تعلمه علم بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد آخر وان لم يبق في ملكه بان يأكله او يتلفه لا تظهر الحرمة لانعدام المحلية وانما قلنا محرزا في بيته لان ما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد ثبت فيه الحرمة اتفاقا (وان شرب الكلب من دمه) اى دم الصيد ولم يأكل من لحمه (اونهسه) اى الكلب (فقطع منه) اى من الصيد (بضعة) اى قطعة من اللحم (فرماها) اى رمى الصائد تلك البضعة (واتبعه) اى اتبع الكلب الصيد بعد النهس والقطع والرمى فاخذه وقتله ولم يأكل منه (اكل) وذلك لانه بالشرب بدون الاكل امسك على صاحبه وسلمه اليه وكذا اذا قطع منه بضعة ولم يأكل الصيد لان الاول من غاية علمه حيث شرب

مالا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له وكذا اذا لم ياكل واخذ ما زماه بدل ما زماه بان غير ما زماه مطلوب صاحبه وفى كل منهما علم الصيد صاحبه وتاكف فى تحقق علمه (وان) وصلية (اكل) الكلب (تلك البضعة بعد صيده) لان هذا ليس باكل من الصيد اذا لم يبق صيدا بعد تسليمه وقبض صاحبه (وكذا) يؤكل (او اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد) لانه لم يبق صيدا كما اذا القى اليه طعاما غيره (او اكل هو) اى الكلب (بنفسه منه) اى من الصيد بان خطف شيئا منه (بعد احراز صاحبه) لانه خرج عن كونه صيدا فى هذه الحالة (بخلاف ما لو اكل البضعة قبل اخذه الصيد) اى نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لا يؤكل لما مر انه اكل فى حالة الاصطياد فتبين انه جاهل ممسك على نفسه (وان خنقه) اى خنق الكلب الصيد (ولم يجرحه لا يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن الامام انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة كما فى الهداية وفى العتابية الفتوى على ظاهر الرواية (وكذا ان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسى او كلب ترك مرسله التسمية عمدا) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها نقافلا فائدة فى ذكرها ثانيا الا ان يقال توطئة الى قوله (وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) والمراد بالزجر التهيج اى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العدو كما فى التبيين (حل) اكل الصيد (وبالعكس) يعنى ان ارسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر (حرم) اكله الحاصل انه اذا اجتمع الارسال والاغراء فالعبرة للارسال لان الزجر دون الارسال لكونه بناء على الارسال فلا ينسخ به الارسال لان الشئ لا يرتفع الا بمثله او بما فوقه كما فى نسخ الاى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى ولا ارساله بزجر المسلم فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه وفى الهداية وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله) اى الكلب (احد فزجره مسلم او غيره فالعبرة للزاجر) اى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم فانزجر واخذه حل اكله استحسانا والقياس ان لا يحل لان الارسال ذكوة اضطرارية ولهذا يشترط فيه التسمية فان لم يوجد لعدم الذكوة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال بمنزلة الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته (وان ارسله) اى الكلب (ولم يسم) وقت الارسال (عمدا ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال) يعنى لا يؤكل ولا عبرة بالتسمية وقت الزجر (وان ارسله على صيد فاخذ) الكلب (غيره) اى غير الصيد (حل ما دام

على سنن ارساله ) وقال مالك لايحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشى ولنا ان الارسال شرط غير مقيد لان الحق حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره مادام لم يعدل عن سننه ولو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل فى غير طلب الصيد وترك سننه واتبع الصيد فاخذه لم يؤكل لانه غير مرسل اليه ( وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت ) الصيود كلها لان الحق به حصول الصيد والذبح يقع بالارسال وهو فعل واحد فيكتفى فيه بتسمية واحدة بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية مذبوحة بفعل آخر فلابد من تسمية اخرى ( وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن ثم اخذ حل ) لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال ( وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك ) اى الكمون فيكون ح بمنزلة الفهد ( ولو ارسله ) اى الكلب ( على صيد فقتله ثم اخذ اخر ) فقتله ( اكلا ) جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع ( كما ورمى صيد افاصاب اثنين ) اى اصابه وغيره اكلا ولو قتل الاول فمكث عليه طولا من النهار ثم مر به صيد اخر لا يؤكل الثانى لانقطاع الارسال اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ( واذا رمى سهمه وسمى اكل ما اصاب ان جرحه ) اى السهم لانه ذبح حكمى ولا حل بدون الذبح لما روى عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله عليه السلام اذا رميت فسميت فخرقت فكل وان لم تخرق فلا تأكل ( وان تركها ) اى التسمية ( عمدا حرم ) اكله لاشتراط التسمية فى كل ذبح حقيقة او حكما بالنص ( وان وقع السهم به ) اى بصيد ( فتحامل ) اى تكلف فى المشى حاملا للسهم ( وغاب ) الصيد ( ولم يقعد ) الرامى ( عن طلبه ) اى الصيد ( ثم وجده ) اى الصيد ( ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم ) لقوله عليه السلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك وغاب ثلثة ايام فادركته فكل ما لم ينتن رواه مسلم واما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يظهر ح لموته سببان احدهما موجب لحله والآخر موجب لحرمته فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم فى مثل هذا كالمحقق بدليل قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته خلافا للشافعى ( ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا ) لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وفى التبيين وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره ثم قال وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنك اذا

لم يبت لم يحل فاذا بات انه لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا
وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل
حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه لم يؤكل
فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر كتب
اصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يناقض لكنه
خلاف الظاهر انتهى لكن يمكن ان يقال ان كلام صاحب الهداية مبنى على
ان مدار الحل وعدمه عدم التوارى وذكر الطلب فيما سبق لاعلام ان مجرد
التوارى لا يضر بل لا بد مع هذا من ان يقعد عن طلبه حتى يتحقق كمال التوارى
فانه اذا غاب المرمى ولم يقعد الرامى عن طلبه فوجده ميتا لا يعد هذا تواريا
وقد اومى اليه صاحب الهداية بقوله الا انا اسقطناه اشارة الى اعتبار الموهوم
مادام فى طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه وفى النهاية اى عن التغيب
عن بصره فى الغياض والمشاجر والبرارى والطير بعد ما اصابه السهم يتحامل
ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط اعتباره ضرورة اذا كان فى طلبه لان الطالب
كالواحد ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه ولانه لو قعد يكون التوارى بسبب
عمله ويمكن الاحتراز عن ذلك التوارى بان يتبع اثره ولا اشتغل بعمل آخر
(والحكم فيما جرحه الكلب) الارسال (كالحكم فيما جرحه السهم) فى جميع
ماذكر (وان رماه) اى الصيد (فوقع فى ماء فمات فيه) اى فى الماء (او) وقع
(على سطح او على جبل او شجر او حائط او آجر ثم تردى منه) الى الارض (فمات
حرم) اكله لانه مترديه وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء
مهلك قيل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا فوقوعه
فى الماء حينئذ لا يضر لان الحيوة الباقية كالحيوة فى المذبوح بعد الذبح فيؤكل
وكذا السقوط من علو لاحتمال ان يكون من السقوط لا من الجرح هذا
اذا لم يكن الجرح مهلكا فى الحال اما اذا كان مهلكا وبقى فيه من الحيوة بقدر
ما فى المذبوح ثم تردى يحل كما فى النهاية (وكذا) يحرم (لو وقع على رمح
منصوب او قصبة قائمة او حرف) اى طرف (آجرة فجرح بها) لاحتمال ان
حد هذه الاشياء قتله بحده او برديه وهو يمكن الاحتراز عنه (وان وقع على
الارض ابتداء حل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد
بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فامكن ترجيح
المحرم عند التعارض على ما هو الاصل فى الشرع كما فى التبيين (وكذا لو وقع على
صخرة او آجرة واستقر عليهما) وكذا لو وقع على جبل او ظهر بيت ولم يترد
منه (ولم ينجرح حل) لان وقوعه على هذه الاشياء وعلى الارض سواء وفى

الهداية وذكر في المنتقى اووقوع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى من قوله فاستقر عليها في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله اى رواية المنتقى شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض اووقع عليه وذلك عفو كما لو وقع على الارض وانشق بطنه وهذا اى ما قاله شمس الائمة اصح انتهى ( وان وقع في الماء فمات حرم ) هذه المسئلة مستدركة لانها ذكرت بعينها آنفا فلا فائدة في ذكرها ثانيا الا ان يقال ذكرها تمهيدا لقوله ( وان كان الطير مائيا فوقع فيه ) اى في الماء ( فان انغمس جرحه ) بضم الجيم ( فيه ) اى في الماء ( حرم ) لاحتمال الموت بالماء وبه قالت الائمة الثلاثة اذا كانت جراحة غير مهلكة يحل اما اذا كانت مهلكة عند الشافعي ومالك ( والا ) اى وان لم ينغمس جرحه في الماء ( حل ) لتيقن الموت بالرمى ( ويحرم ما قتله المعراض ) وهو اسم لسهم لا ريش له يمر على عرضه فيصيب ( بعرضه ) لقوله عليه السلام فيه ما اصابه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكوة كما في الهداية ( او البندقة ) معطوف على المعراض اى يحرم ما قتله البندقة وهى طينة مدورة يرمى بها لانه يدق ويكسر ولا يجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق ( ولم يجرحه ) قيد لهما ( وان اصابه ) اى اصاب الرامى الصيد ( بحجر ) اى بان رماه بحجر ( وجرحه بحده ) بكسر الحاء بمعنى الحدة كما في شرح المجمع والظاهر انه بالفتح بمعنى طرفه ( فان كان ) الحجر ( ثقيلا لا يؤكل ) لاحتمال انه قتله بثقله ( وان كان خفيفا اكل ) لتعين الموت بالجرح وان كان خفيفا وجعله اى الجرح طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بروة حديدة ولم يبضع بضعا لا تحل لانه قتله دقا كما في الهداية ( وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا ) سواء كان ثقيلا او خفيفا لاشتراط الجرح ( ولو رماه بسيف او بسكين فاصاب ظهره ) اى ظهر السيف او السكين ( او مقبضه ) اى مقبض السيف ( فقتله لا يؤكل ) لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او الثقل كان حراما ( احتياطا وشرط في الجرح الادماء ) لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار ( وقيل لا يشترط ) الادماء لاتيان ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او ضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه ( وقيل ان ) كان الجرح ( كبيرا لا يشترط ) الادماء ( وان ) كان

(مذبوحا بشرطه) لان الكبر مما لا يخرج منه الدم لعدمه واعتبر اشتراط الجرح
ظاهرا فيكون التقصير منه (وان اصاب السهم ظلفه) اى ظلف الصيد
فكسر الظلف حافره (اوقرنه فان ادماه حل) اكله (والالا) يحل وهذا
يؤيد قول من يشترط خروج الدم ولوذبح شاة اوغيرها فتحركت بعد الذبح
وخرج منها الدم مسفوح تؤكل واولم تتحرك ولم يخرج الدم لاتؤكل
واولم تحرك وخرج الدم المسفوح اوتحرك ولم يخرج منها الدم اكلت وان لم
تعلم حيوتها عند الذبح تؤكل وان لم يخرج الدم ولم تتحرك (ولو رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل) الصيد (دون العضو) اى يؤكل صيد قطع عضو منه
بالرمى كاليد اوالرجل لانه ذبح بعينه ولا يؤكل عضوه المقطوع لقوله عليه السلام
ما ابين من الحي فهو ميت قد ذكر عليه السلام الحي مطلقا فينصرف الى الحي
الحقيقي وعند الشافعي يؤكلان اذا مات الصيد فى الحال والا يؤكل المبان
منه لا المبان (وان قطعه) اى العضو (ولم يبنه فان احتمل الالتئام) حالة
(اكل العضو ايضا) اى كما يؤكل الصيد لانه بمنزلة سائر اجزائه (والا) اى
وان لم يحتمل ولم يتوهم الالتئام بعلاج ان بقى منه معلقا بجلده (فلا) يؤكل
المبان لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى (وان قده) اى شق الصيد طولا
وكذا عرضا كما فى القهستانى (نصفين او) قطعه (اثلاثا والاكثر مع
جانب العجز اكل الكل) اى يؤكل المبان والمبان منه جميعا اذ لا يمكن بقاء
الحيوة بعد هذا الجرح فلا يتناول الحديث بخلاف ما اذا كان الثلثان فى طرف
الرأس والثلث فى طرف العجز اذ يؤكل المبان منه لا المبان لامكان الحيوة
فى الثلثين فوق حيوة المذبوح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف الرأس اذ يؤكل
المبان منه لا المبان لامكان الحيوة المذكورة (وكذا) اكل الكل (او قطع
نصف رأسه او اكثر) للعلة المذكورة (واذا ادرك الصيد حيا فيه حيوة فوق
حيوة المذبوح فلابد من ذكوته) لانه قدر على الاصل وهو ذكوة حقيقة قبل
حصول المقصود بالبدل وهو ذكوة الاضطرار اذ المقصود هو الاباحة بالذكوة
الاضطرارية ولم تثبت قبل موت الصيد فبطل حكم البدل (فان تركها) اى الذكوة
(متمكنا) اى قادرا (منها) اى من الذكوة (حرم) لما بيناه آنفا (وكذا) يحرم (او
تركها (عجزا غير متمكن منها) اما لفقد الآلة اولضيق الوقت ومعه آلة الذبح وفيه من
الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح (فى ظاهر الرواية) لان ذكوة الاضطرار اعتبرت
خلفا اذا لم يقع فى يده حيا وهذا وقع فى يده حيا فسقط اعتبار ذكوة الاضطرار فيه
وعن الشيخين وهو قول الشافعي انه يحل اذا كان فيه من الحيوة اكثر مما
فى المذبوح بعد الذبح (وان لم يبق من حيوته الامثل حيوة المذبوح) وهو مالا

ثم شق بطنه عمدا كما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ( ولم يدركه حيا فحل )
ولا تلزم تذكيته لان ما بقى اضطراب المذبوح وفيه اشارة الى انه لو مات قبل
وصول الذابح او مع وصوله او بعد وصوله بلا فصل اكل و به نأخذ
كما فى القهستانى نقلا عن النظم ( وقيل عند الامام لابد من تذكيته
ايضا ) اى كما يكون فيه حيوة فوق ما يكون فى المذبوح لانه وقع فى يده حيا فلا
يحل الا بالذكوة الاختيارى ( فان ذكاه حل ) جماعا ( وكذا ان ذكى المتردية )
اى التى سقطت من العلو ( والنطيحة ) اى التى ماتت من النطح وهو ضرب
الكبش بالقرن له ( والموقوذة ) اى التى قتلت بالخشب ( والتى بقر ) اى شق
( الذئب بطنها وفيه ) اى فى كل واحد من هذه الاربعة ( حيوة خفية )
اى دون حيوة المذبوح ( اوجلية ) اى فوق حيوة المذبوح وقيل الخفية
بان لم يتحرك ولكن يتنفس بالحيوة والجلية بان يتحرك ( حل ) اى يحل اكل هذه
الاربعة اذا ذكيت ( وعليه الفتوى ) لقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم
استثناء مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا لان المقصود تسييل الدم
النجس بفعل الذكوة وقد حصل ( وعند ابى يوسف ان كان ) احد هذه
الاربعة بحيث ( لا يعيش مثله لا يحل ) بالتذكية لانه لم يكن موته بالذبح اى مضافا
الى الذبح وبه قالت الائمة الثلاثة ( وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح حل والا ) اى وان لم يكن يعيش فوق ما يعيش المذبوح بل كان يعيش
مقدار ما يعيش المذبوح ( فلا ) يحل بالتذكية لان قدر حيوة المذبوح غير
معتبر ( ومن رمى صيدا فاثخنه ) اى جعله ضعيفا ( واخرجه عن حيز الامتناع )
اى صيره الى حال لا ينجو من يد الصائد ولكن ترجى حيوته ( ثم رماه آخر فقتله
حرم ) اكله لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة
الاختيار ( وضمن ) الثانى ( قيمته ) اى قيمة الصيد ( مجروحا الاول ) يعنى
الاول ملك الصيد باثخانه والثانى برميه اتلف ملكه فيضمن قيمته معيبا بالجراحة
وفى التبيين تفصيل فليطالع قيدنا بقولنا ترجى حيوته لانه لو لم ترج حيوته بان
قطع بالرمى الاول رأسه اوبقر بطنه او نحوهما يحل اكله لان الموت مضاف
الى الاول لا الثانى كما فى شرح المجمع ( وان لم يثخنه الاول ) ورماه الثانى
فقتله ( حل ) اكله لانه حين رمى الثانى كان صيدا لقدرته على الامتناع ( وهو )
اى الصيد ( للثانى ) لانه هو الذى اخذه واخرجه عن حيز الامتناع وقد قال
عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ وفى التبيين ولو رمياه معا فاصابه احدهما
قبل الآخر واثخنه ثم اصابه الآخر اورماه احدهما اولا ثم رماه الثانى قبل
ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه

ثم اصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر لايحل اكله ولو رمياه فعا واصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بالجناية ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان وتمامه فيه ان شئت فليراجع ( ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فصرعه ) اي طرحه على الارض ( ثم ضربه فقتله اكل وكذا ) يؤكل اوارسل كلبين فصرعه احدهما وقتله آخر ) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لايدخل تحت التعليم فجعل عفوا مالم يكن ارسال احدهما بعدما اثخنه الاول ( ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الآخر حل ) اكله اذا كان ارسال الثاني قبل ان يثخنه الاول لما بينا ( وهو ) اى الصيد ( للاول ) ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعدما اثخنه الاول لان ارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه ومن هذا قال (ولو ارسل الثاني بعد صرع الاول حرم ) لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار ( وضمن ) الثاني للاول ( كما في الرمي ) لتلف الصيد المملوك للاول بارسال الثاني ( ومن سمع حسا ) اي صوتا خفيفا ( فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد فقتله اكل ) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا كما في الهداية وذكر في المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان او دابة فرماه فاذا ذلك المرمى صيدا واصاب صيدا آخر وقتله لايؤكل لانه رماه وهو لايريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون حرمه صيدا سواء كان مما يؤكل اولا وهذا اوجه لان الرمي الى الآدمي ونحوه قصده لايعد صيدا فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا وقد قال في الهداية وان تبين انه حس آدمي لايحل المصاب وحل ذولاه المختلفان على الروايتين عن ابي يوسف وتمامه في التبيين فليطالع

## ( كتاب الرهن )

وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد ان كل واحد منهما سبب لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روى انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك لانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة كما في الهداية ( هو ) اي الرهن لغة

الحبس مطلقا قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بجزاء عملها
ويقال قلب المحب رهن عند حبيبه وقيل هو جعل الشئ محبوسا اى شئ
كان باى سبب كان وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر وح
يجمع على رهان ورهون ورهن وشرعا ( حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه )
اى استيفاء الحق ( منه ) اى من ذلك الشئ ( كالدين ) اى مثل ما وجب فى
الذمة حتى اذا ارتهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن
بالقصاص والحدود والمراد بالشئ هنا المال ولذا قال البعض هو حبس المال بحق
كما قيل هو حبس العين بالدين فصار ذلك خروجا من العموم الى
الخصوص ويراد بالحق هنا ما يعم الدين الواجب حقيقة وهو الظاهر كالديون
فى الذمة او حكما كالاعيان المضمونة بنفسها مثل المغصوب والمهر وبدل الخلع
وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فى هذه الاعيان المثل والقيمة
ومآلهما الى الدين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته هذا عند الجمهور
ويدل على هذا عبارة الضمان فرد العين وجودها خلاص عن الدين بخلاف
العين الغير المضمونة كالودائع والعوارى وبخلاف المضمونة بغيرها كالمبيع فى
يد البائع وفى الاصلاح وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق لا حبس الشئ
بحق لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف الجاعل اياه محبوسا انتهى وفيه
كلام لانه لا يرد ذلك لان اللازم فى الرهن الشرعى كونه مقبولا ومحبوسا عند
المرتهن او العدل اذ مجرد جعل الراهن الشئ محبوسا لا يفيد بدون مطاوعة
المرتهن لانه آخذ الحق منه تدبر ( وينعقد ) الرهن ( بايجاب ) من الراهن
بان قال رهنتك هذا المال بدين لك على ( وقبول ) من المرتهن كما فى سائر العقود
حال كون ذلك العقد غير لازم لزوما شرعيا ( ويتم بالقبض ) اختلف العلماء
فى القبول قال بعضهم انه شرط والظاهر ما ذكر فى المحيط يشير الى انه ركن
وقال بعضهم الايجاب ركن والقبول شرط اما القبض فشرط اللزوم وفى
الذخيرة قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط الجواز
وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم وبه قال اكثر العلماء والاول اصح كما فى الهداية
وفى الكنز ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه انتهى وهو مذهب مالك وفى التبيين
وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة
ولكنه ينعقد بهما فيلزم به انتهى لكن يمكن الجواب بان المراد باللزوم هو
الانعقاد يدل عليه قوله ويتم بقبضه فانه لو اراد ما هو الظاهر منه لما قال انه يتم
به اذ اللازم لا يحتاج فى تمامه الى شئ آخر تدبر ( محوزا ) اى يتم بالقبض حال
كونه مجموعا احترازا عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع فى الارض لان المرتهن

(لم يحز) اى لم يجمع ولم يضم بعضه ببعض حال كونه (مفرغا) عن املاك الراهن وهو
احتراز عن عكسه وهو رهن الشجر دون الثمر ورهن الارض دون الزرع
ورهن دار فيها متاع الراهن حال كونه (مميزا) عما اتصل له بغيره اتصال خلقة
وهو احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار وفى الدرر وهذه
المعانى هى المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع
والثانى عن المشغول والثالث عن رهن ثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى على
اهل النظر تدبر (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن (فيه) اى فى
الرهن (وفى البيع قبض) اى فى حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعى ومالك
حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم ياخذه فضاع ضمن المرتهن
كما ان التخلية فى البيع قبض كذلك هذا فى ظاهر الرواية لان الراهن يقدر على
التخلية دون القبض الحقيقى لكونه فعل الغير ولا يكلف به ولهذا قيل التخلية
تسليم الا ان ذكر القبض هنا الطبع وانسب من التسليم لان القبض كان منصوصا
عليه فصار مخصوصا به كما فى الهبة والصدقة وعن ابى يوسف انه قبض
لا يثبت بها فى المنقول الا بالنقل كما فى الغصب لان القبض هو موجب للضمان قيل
القياس على البيع المشروع اولى من القياس على الغصب الممنوع وفى المنح
فان قلت ينبغى ان لا يكون التخلية فى قبض الرهن اذ القبض منصوص عليه فى
الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض فى الرهن بقوله
تعالى فرهان مقبوضة فانه امر بالرهن لان المصدر متى قرن بالفاء فى محل الجزاء
يراد به الامر كما وقع فى كثير من القرآن والاصل ان المنصوص يراعى وجوده
على اكمل الجهات قلت اجيب عنه بان المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل
الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى
وجوده كما ذكر فان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض فلو صح ما قال المعترض لما انعقد مع الكره ولم يقل احد كذلك
انتهى لكن لا يتم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت
صحة البيع بالرضاء فى الجملة فيجوز ان يكون التخلية فى الرهن قبضا فى الجملة كما فى
البيع والهبة تدبر (وللراهن ان يرجع عنه) اى عن الرهن (قبل القبض)
لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض (فاذا قبض لزم الرهن) لما قررناه انهما
ولا رجوع بعده (وهو) اى الرهن (مضمون بالاقل من قيمته) اى الرهن
(ومن الدين) اذ هلك و الاقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست
تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذى هو من هذين المذكورين ايهما كان
وقال الشافعى الرهن كله امانة فى يد المرتهن فلا يسقط شىء من الدين بهلاكه

لقوله عليه السلام لايغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه اى للراهن زوائد وعليه غرمه اى اوهلاك كان الهلاك على الراهن قال معناه لايصير مضمونا بالدين واناقوله عليه السلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بمافيه معناه على ماقالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدماهلاك الرهن واجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لايغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى بان يصير مملوكا كذا ذكره الكرخى عن السلف وعن النخعى فى رجل دفع الى رجل رهنا واخذ درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والافالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وتمام تحقيقه فى شرح الهداية وغيرها تتبع (فلوهلك) كل الرهن فى يد المرتهن (وهما) اى الرهن والدين (سواء) اى متساويان فى المقدار (صار المرتهن مستوفيا لدينه) حكما فلايطلب المرتهن من الراهن ولا الراهن من المرتهن شيئا (وان كانت قيمته) اى الرهن (اكثر) من الدين (فالزائد امانة) فى يد المرتهن لماروى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال المرتهن امين فى الفضل ولان المضمون بقدر مايقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فلايدخل الفضل فى ضمانه خلافا لزفر اذ عنده مضمون بقيمة الهلاك لابالاقل منهما فيدخل الفضل فى ضمانه بالهلاك لان الفضل عن الدين مرهون لكونه محبوسا به فيكون مضمونا (وان كان الدين اكثر) من قيمة الرهن (سقط منه) اى من الدين (قدر القيمة) اى قيمة الرهن (وطولب الراهن بالباقى) من الدين مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن ايضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة على الراهن فان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون امانة فى يده فلايضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم (وتعتبر قيمته) اى قيمة الرهن (يوم قبضه) وفى المنح نقلا عن الخلاصة وحكم الرهن انه لوهلك فى يد المرتهن او العدل ينظر الى قيمته يوم القبض والى الدين فان كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الى آخر ماقاله وفى التبيين ان ضمان الرهن على المرتهن يخالف ضمان الاجنبى فانه تعتبر قيمته يوم القبض بخلاف مالو اتلفه اجنبى فان المرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده والواجب هنا فى المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه ثم بحث وقال وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة

ويسقط من الدين بهلاكه خلافا لما نقص كما مر وسقط الدين بقدره
وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض كما جمع شمس الائمة اذا تقرر
هذا ظهر لك ان ما ذكره صاحب الفوائد من قوله المعتبر قيمة الرهن يوم
الهلاك لقولهم انه بعد امانة في آخره قوله مخالف لصريح المنقول الذي
وفي الدرر المعتبر على قيمة الرهن اذا لم يبين المقدار اي مقدار ما يريد اخذه
من الدين في الاصح يحتبس من الدين في الاصح (ونماء) الرهن (على ملك
الراهن وكذا منه) اي حكمه في كونه رهنا او الامانة المرهونة (مؤنة) اي على
الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى اذا اشتراه لا ينوب قبض
الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان واذا كان
مضمونا كان عليه كفنه (وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه) لان هلاك
الرهن لا يسقط طلب الدين (ويحبسه) اي يحبس المرتهن الراهن بدينه
(وان) وصلية (كان الرهن عنده) لان عقد باقي امد الرهن والحبس جزاء الظلم
واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه دفعا للظلم وهو المماطلة (وله) اي للمرتهن
(ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده) اي عقد الرهن (حتى يقبض دينه الا)
وقت (ان يبرئه) اي المرتهن عن الدين لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ
بل برده على الراهن بطريق الفسخ فبقي ما بقي القبض والدين (وليس عليه)
اي على المرتهن (ان كان الرهن في يده) اي المرتهن (ان يمكن الراهن من بيعه)
اي من بيع الرهن (للابقاء) يعني لو اراد الراهن ان يبيع الرهن ليقضي الدين بثمنه
لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى
ان يقضي الدين فكيف يصح القضاء بثمنه (وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن)
باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا باذن المالك لان حق المرتهن الحبس الى ان يستوفي
دينه دون الانتفاع (ولا اجارته ولا اعارته) اي ليس للمرتهن الانتفاع باجارة
او اعارة اذا لم يكن له الانتفاع بنفسه فلا يكون مالكا تسليط الغير عليه الا باذن الراهن
وفي المنح وعن عبد الله بن محمد بن مسلم السمرقندي وكان من كبار علماء سمرقند
ان من ارتهن شيئا لا يحل له ان ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وان اذن الراهن
لانه اذن له في الربا لانه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة التي استوفى فضلا
فيكون ربا وهذا امر عظيم كذا رأيت منقولا بهذا الخط وعزاه الى المنافع
لعبد الائمة السرخسي قلت وهو مخالف لكلام عامة المعتبرات ففي الخانية
رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان يشرب لبنها كان للمرتهن ان يشرب واكل
ولا يكون ضامنا وفي فوائد الزينية اباح الراهن للمرتهن اكل الثمار فاكلها
لم يضمن ثم قال يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن باذن الراهن وان اذنه في السكنى

فلا رجوع بالاجرة انتهى فليحمل ما تقدم على الديانة وما فى سائر المعتبرات على الحكم ( ويصير بذلك ) اى يصير المرتهن بالانتفاع قبل الاذن ( متعديا ) اذهو غير مأموربه من جهة المالك ( ولا يبطل به ) اى بالتعدى ( الرهن ) لبقاء العقد قبل استيفاء الدين ( واذا طلب ) المرتهن دينه ( امر باحضار الرهن ) اولا ان لم يكن للرهن مؤنة حمل بقرينة الآتى ليعلم انه باق ولان قبضه قبض استيفاء فلا وجه لقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لان هلاكه يحتمل فاذا هلك فى يد المرتهن تكرر الاستيفاء ( فاذا احضره ) اى المرتهن الرهن ( امر الراهن بتسليم كل دينه ) اولا ليتعين حق المرتهن فى الدين كما يتعين حق الراهن فى الرهن الحاضر تحقيقا للتسوية بينهما ثم امر المرتهن بتسليم الرهن كما امر البائع بتسليم المبيع بعد تسليم المشترى الثمن ( وكذا ) اى وكذا الحكم فيه مثل الحكم فيما تقدم او طالبه المرتهن ( فى غير بلد العقد ) اى عقد الرهن ( ولم يكن للرهن حمل ومؤنة ) فان الاماكن فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس لحمله مؤنة ( فان كان له ) اى للرهن ( حمل ومؤنة فله ) اى للمرتهن ( ان يستوفى دينه بلا تكليف ( احضار الرهن ) لان الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان وللراهن ان يحلف المرتهن بالله ما هلك ( وكذا ) اى للمرتهن ان يستوفى دينه من الراهن ( ان كان الرهن وضع عند عدل ) بامر الراهن ( ولا يكلف باحضاره ) لكونه فى يد الغير بامر الراهن ( ولا ) يكلف ايضا المرتهن ( باحضار ثمن رهن باعه ) اى الرهن المرتهن بامر الراهن ( حتى يقبضه ) اى الثمن من المشترى لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف باحضاره لقيام البدل ( ولا ) يكلف ايضا ( ان قضى بعض حقه بتسليم حصته حتى يقبض الباقى ) من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع ( وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله ) واجيره مشاهرة او مسانهة لان العبرة بالمساكنة لا بالنفقة حتى ان الزوجة لو دفعت الرهن الى الزوج لا يضمن ان هلك مع ان الزوج ليس فى نفقتها ( فان حفظه ) اى المرتهن الرهن ( بغيرهم ) اى بغير المذكورين ( او اودعه ) المرتهن عند آخر ( فهلك ضمن ) المرتهن ( كل قيمته ) لان المالك ما اذن له فى ذلك فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكونه متعديا وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بيناه فى مودع المودع ثم ان قضى بقيمة الرهن فيما اذا تعدى المرتهن عليه من جنس الدين يتقاصا بمجرد القضاء بالقيمة اذا كان الدين حالا وطالب المرتهن الراهن بالفضل ان كان هناك فضل وان كان الدين مؤجلا يضمن قيمة الرهن وتكون

لقيمة رهنا عند المرتهن فاذا حل الاجل اخذه المرتهن بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده الى قضاء دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه (وكذا) يضمن جميع قيمته (ان تعدى فيه) اى فى الرهن صريحا كما فى الغصب لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالاتلاف (او يجعل الخاتم) الرهن (فى خنصره) فهلك يضمن جميع قيمته لانه استعمال فان حفظه ) اى الخاتم والظاهر بالواو لا بالفاء (فى اصبع غيرها) اى غير الخنصر (ولا) يضمن لان ذلك يعد حفظا فظهور التعدى فى الاول دون الثانى مبنى على العادة واورهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا كان حافظا فلا يضمن وكذا يضمن بتقلد سيف الرهن لانه ايضا استعمال لا الثلاثة فانه حفظ فان الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (وعليه) اى على المرتهن (مؤنة حفظه) اى الرهن اى ما يحتاج فى حفظ نفس الرهن (و) مؤنة (رده) اى رد الرهن (الى يده) اى الى يد المرتهن ان خرج من يده كجعل الآبق ان كانت قيمة الرهن مثل الدين وان كانت اقل منه فالمؤنة عليه ايضا بطريق الاولى ولذا لم يتعرض له (و) كذا مؤنة (رد جزئه) الى يد المرتهن بان يمرض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فمداواته على المرتهن لان الامساك حق له واجب عليه فتكون المؤنة عليه (كاجرة بيت حفظه و) اجرة (حافظه) وفى الهداية هذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده وكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك اى اجرة البيت بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومن هذا قال (واما جعل الآبق والمداواة) اى مداواة القروح ومعالجة الامراض (والفداء من الجناية فمنقسم على المضمون والامانة) يعنى ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن اذا تقرر عندك ما نقلنا من الهداية لا يخفى عليك ما فى المتن من الاختلال ولو قال وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظ وحافظ وان كان فى قيمة الرهن فضل وعليه مؤنة رده الى يده اورد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء

واما اذا كانت اكثر منه اى الدين فتقسم على المضمون والامانة كما فداء من الجناية كما فى اكثر المعتبرات لكان اسلم تدبر (ومؤنة تبقيته) اى جعل الرهن باقيا (و) مؤنة (اصلاحه) اى اصلاح منفعته (على الراهن كالنفقة) من مأكله ومشربه (والكسوة واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الرهن) هذه امثلة مؤنة لتبقية (وسقى البستان وتلقيح نخله) اى نخل البستان (وجذاذه) اى التمر من النخل (والقيام بمصالحه) كاصلاح جداره وقلع الحشيش المضر وغيرهما عنه هذه امثلة المؤنة لاصلاح منافعه الاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل اولا لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له اصلا وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة (وما اداه احدهما) اى الراهن والمرتهن (مما وجب على صاحبه بلا امر) اى بغير امر القاضى (فهو تبرع) فيما اداه كما اذا قضى دين غيره بغير امره (و) ما اداه مما وجب على صاحبه (بامر القاضى يرجع) المؤدى (به) اى بما اداه وقيده صاحب المنح فى متنه بقوله ويجعله دينا على الآخر وقال وحينئذ يرجع عليه وبمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع كما فى التبيين نقلا عن المحيط وفى النهاية نقلا عن الذخيرة فعلى هذا لو قيده المص كما فى التنوير لكان اولى تدبر (وعن الامام انه لا يرجع به ايضا) اى كما لا يرجع به اذا اداه بلا امر صاحبه (ان كان صاحبه حاضرا) ان كان بامر القاضى لانه يمكنه ان يرجع الآمر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى الحاضر ولا ينفذ امره عليه فلو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه ولا يملك الحجر عنده وعند ابى يوسف يملك فينفذ امره عليه كما فى التبيين قال صاحب المنح او قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن لانه هو القابض والقول للقابض بخلاف ما اذا ادعى المرتهن رده على الراهن حيث لا يقبل قوله لان ذلك شان الامانات الغير المضمونة والرهن مضمون على المرتهن وفى التاتارخانية ويصدق المرتهن فى دعوى الهلاك ولا يصدق فى دعوى الرد وفى شرح المجمع اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ولم يقم البينة عليه ضمنه عندنا سواء كان الرهن من الاموال الظاهرة او الباطنة خلافا لمالك فى الباطنة وفى البزازية زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن فان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الرهن لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن وان برهنا فللراهن لاثباته الضمان اذن المرتهن فى الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع وعوده

للرهن وقال المرتهن هلك حال الاستعمال فالقول للمرتهن ولا يصدق الراهن في العود الا بحجة رهن عبدا يساوى الفا بالف ووكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بخمسمائة وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن بالله ما يعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده واذا حلف سقط الدين الا ان برهن على البيع اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته في ذلك اليوم ولا تخرق به فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس وبعده فالقول للمرتهن ويجوز للمرتهن السفر بالرهن اذا كان الطريق آمنا وان كان له حمل ومؤنة عند الامام كالوديعة وعندهما ليس له ان يسافر بالرهن والوديعة ايضا اذا كان له حمل ومؤنة وتمامه في المنح فليراجع

## ( باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز )

لما ذكر مقدمات الرهن شرع في تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز اذا التفصيل بعد الاجمال ( لا يصح رهن المشاع وان ) وصلية ( كان ) المشاع ( مما لا يحتمل القسمة ) بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة ( او ) كان ( من الشريك ) هذا عندنا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء في الجزء الشائع لا يثبت لان شرط الصحة هو التمييز ولم يتحقق وقال الشافعي يجوز فيما يصح فيه البيع وهو قول مالك واحمد لان موجب الرهن استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم ( ولو طرأ ) الشيوع بعد الارتهان ( فسد ) عند الطرفين وقيل الفاسد لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو ما اذا لم يكن الرهن مالا اولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وصورة الشيوع الطارى ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وهو الصحيح كما في المنح ( خلافا لابي يوسف ) لانه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة وانما فسد لان هذا الشيوع راجع الى محل الرهن وما رجع الى المحل فالبقاء كالابتداء وقد قالوا باستثناء الهبة من هذا الاصل لانها لا تحتاج الى القبض الا عند العقد بخلاف الرهن فان حكمه دوام القبض فعلى هذا اندفع ما قاله ابو المكارم من ان وجهه على ما في الهداية وغيرها ان الكلام في محل الرهن فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ولا يخفى انه منقوض بالهبة فان الشيوع فيها مانع ابتداء

لابقاء فالوجه الاول بالقدم هو بين ان افرق بين الرهن والهبة انتهى تدبر
واعلم ان ماقيل المبيع قبل الرهن الاقى ان بعد بيع المشاع جائز لارهنه بيع المشغول
جائز لارهنه بيع المتصل بغيره جائز لارهنه بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده
فى غير الدين جائز لارهنه كما فى شرح الاقطع (ولا) يصح (رهن الثمر على الشجر
بدون الشجر ولا) يصح رهن (الزرع فى الارض بدونها) اى بدون الارض
لما مر ان القبض شرط فى الرهن ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار فى معنى
المشاع (ولا) يصح رهن (الشجر او الارض المشغولين بالثمر والزرع دون الثمر والزرع)
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس
برهن لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن الامام ان رهن الارض بدون
الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا
رهن الدار بدون البناء ولان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة
بملك الراهن كما فى الهداية (ولو) رهن (الشجر بمواضعها جاز) لانه رهن الارض
بما فيها من الشجر وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ولو كان
فيه ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف
المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع ويدخل البناء
والغرس فى رهن الارض اى لو قال رهنتك هذه الدار او هذه القرية واطلق
القول ولم يخص شيئا دخل البناء والغرس (او) رهن (الدار بما فيها) اى
الدار (جاز) وفى الهداية واو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء
الراهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ماورد
الا على الباقى ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه
فى الوعاء المرهونة ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى
الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما
اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار او وعاء
دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما فى رأسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من
توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر (ولا يجوز
رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر (ولا) يجوز
الرهن (بالامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست

مضمونة (ولا) يجوز الرهن (بالدرك) صورته باع وسلمه الى المشتري فخاف
المشتري من الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة
والفرق انه شرع الاستيثاق ولا استيفاء الا في الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق
واما الكفالة فهي التزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلوة
(ولا) يجوز الرهن (بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع) فانه مضمون بالثمن حتى
لو هلك ذهب بالثمن ولا يجب على البائع شيء والرهن لا يجوز الا بالاعيان
المضمونة بنفسها كما مر ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك
الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء
وقال شيخ الاسلام انه فاسد لان المبيع والرهن مال والفاسد ملحق بالصحيح
بالاحكام وفي المبسوط انه جاز الرهن به فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين
وبه اخذ الفقيه ابو سعيد البردعي وابو الليث قيل الاعيان ثلاثة عين غير مضمونة اصلا
كالامانات وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وعين غير مضمونة بنفسها بل
مضمونة بغيرها وهو سقوط الثمن فصار هذا القسم كالعين المضمونة بالغير (ولا) يجوز
الرهن (بالكفالة بالنفس) اي لا يجوز رهن الكفيل شيئا عند المكفول له ليسلم نفس
المكفول به اليه لان استيفاءه من الرهن متعذر وفي الخانية رجل تكفل عن رجل بمال
ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل
على الاصل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز الرهن ولو كفل رجل على انه
ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول
عنه بالمال رهنا الى سنة كان الرهن باطلا وكذا لو كان الكفيل قال للطالب
في الكفالة ان مات فلان ولم يؤد المال فهو علي ثم اعطاه المكفول عنه رهنا
لم يجز (ولا) يجوز الرهن (بالقصاص في النفس وما دونها) عند ولي القصاص
لئلا يمتنع عما وجب عليه لما مر من ان استيفاء القصاص من الرهن غير ممكن
بخلاف الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا بالشفعة) اي لا يجوز
رهن البائع والمشتري عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة لان استيفاء المبيع من
الرهن غير ممكن اذ لو هلك المبيع لا يلزمه الضمان (ولا) يجوز (باجرة
النائحة والمغنية) لان الاجارة على ذلك باطلة شرعا فالرهن ايضا باطل لكونه
في مقابلة غير جائز اصلا (ولا) يجوز رهن المولى شيئا (بالعبد الجاني او العبد
المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك العبد لا يجب على المولى شيء
واذا لم يصح الرهن في هذه الصور فللراهن ان ياخذ الرهن من المرتهن حتى
لو هلك الرهن في يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شيء اذ لا حكم للباطل فبقي
القبض باذن المالك (ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمي)

لان المسلم لا يملك الايفاء اذا كان راهنا ولا يملك الاستيفاء اذا كان مرتهنا وكذا الحال في الخنزير ( ولا يضمن له ) اي للمسلم ( مرتهنها ) اي مرتهن الخمر ( ولو ) وصلية ( ذميا ) اي اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها كما لا يضمنها بالغصب منه لانها ليست بمال في حق المسلم ( ويضمنها هو ) اي المسلم لوارتهنها ( من ذمي ) اي اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلم فهلك في يد المرتهن يضمن المسلم الخمر للذمي لانها مال متقوم في حقه فتصير الخمر مضمونة على المسلم للذمي باقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب ( ويصح ) الرهن ( بالدين ولو ) وصلية ( موعودا ) بان رهن شيئا من شخص ( ليقرضه كذا ) من المال وعند الائمة الثلاثة لا يصح الرهن به ( فلو هلك ) هذا الرهن ( في يد المرتهن لزمه ) اي المرتهن ( دفع ما وعد للراهن ) اي ان رهن ليقرضه الف درهم مثلا وهلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا يجب على المرتهن تسليم الالف الموعود الى الراهن جبرا لان الموعود جعل موجود احكما باعتبار الحاجة ولانه مقبوض من جهة الراهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه ( ان كان الدين مثل قيمته ) اي الرهن ( او اقل منها ) اما اذا كان الدين اكثر من قيمة الرهن فعليه قدر قيمته هذا اذا سمى قدر الدين فان لم يسمه بان رهنه على ان يعطى شيئا فهلك في يده يعطى المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه وقال محمد لا يصدق في اقل من درهم والمص لم يلتفت الى هذا لانه غير متعارف كما قاله ابو المكارم لكن لا نم ذلك لان المص قد ذكر حكمه فيما سبق وهو قوله وان كان الدين اكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقي تدبر وروى عن ابي يوسف اذا قال لغيره اقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع الرهن فعليه قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وفي البزازية والحاصل في الرهن بالدين الموعود ان المستقرض اذا سمى شيئا ورهن به وهلك الرهن قبل الاقراض ضمن الاقل من القيمة ومن المسمى وان لم يكن سمى شيئا اختلف فيه الامام الثاني ومحمد لكن قد قررناه نقلا عن التنوير ان المقبوض على سوم الرهن اذا لم يبين المقدار ليس بمضمون في الاصح تبع ( و ) يصح الرهن ( برأس مال السلم وثمن الصرف ) قبل الافتراق ولم يصح عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه استبدال ورد بان الاستبدال اخذ صورة ومعنى والاستيفاء في الرهن اخذ معنى فان العين امانة والمضمون هو المالية كما في القهستاني ( و بالمسلم فيه ) قبل الافتراق و بعده وعن زفر فيه روايتان ثم اشار الى ما يظهر فيه فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة

بالقبض بقوله ( فان هلك ) الرهن ( في مجلس العقد قبل الافتراق فقد استوفى ) اى صار المرتهن مستوفيا ( حكما ) لوجود القبض وتحقق المجانس من حيث المالية فتم السلم والصرف ( وان افترقا ) اى المتعاقدان ( قبل النقد ) اى قبل نقد رأس المال وثمن الصرف ( و ) قبل ( الهلاك ) اى هلاك الرهن ( بطل العقد ) فيهما لعدم القبض حقيقة لا حكما لان المرتهن لم يصر قابضا بالعقد لا بالهلاك ( والرهن بالسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ ) اى لو تفاسخا السلم وبالسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضى الذي به الرهن اوابرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن لما هو الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو السلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه لان الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ( وهلاكه ) اى هلاك الرهن ( بعد الفسخ هلاك بالاصل ) اى هلاك الرهن بعد التفاسخ هلاك الرهن بالسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره وهو رأس المال كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن ( ويصح ) الرهن ( بالاعيان المضمونة بنفسها ) اى بالمثل او القيمة كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد ) فان هذه الاشياء يجب تسليم عينها عند قيامها اذ لا يجوز البدل عند وجود الاصل وعند هلاكها يجب الاتيان بمثلها ان كان لها مثل وبقيمتها ان لم يكن لها مثل فاذا هلك الرهن عند قيام العين في يد الراهن يقال له سلم العين وخذ من المرتهن الاقل من قيمة العين ومن قيمة الرهن لان الرهن مضمون عندنا واذا هلك العين قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا صحيحا بقيمة العين المضمونة ثم اذا هلك الرهن يهلك بالاقل من القيمة ومن قيمة الرهن ( و ) يصح الرهن ( ببدل الصلح عن الانكار ) وصلية ( اقر المدعى بعدم الدين ) صورته لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابي يوسف خلافه اى ليس عليه ان يرد شيئا ( او رهن الاب دينه عبد طفله يجاز ) لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه في حق الصبي لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة

امانة وان كان الولد كبيرا لايجوز للاب ان يرهن ماله بدين على نفسه الا باذنه (وكذا الوصى) اى الوصى مثل الاب فى الحكم المذكور وعن ابى يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكان كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن حفظ مال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه (فان هلك) العبد الرهن (ضمنه) اى الاب والوصى (مثل ما سقط به) اى بالرهن (من دينهما) اى من دين الاب والوصى ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر التمرتاشى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وفى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لما مر من انه امانة وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه موكل على بيعه وهما يملكانه (ولو رهن الاب) متاع الصغير (من نفسه او من ابن آخر صغيرله) اى للاب (او من عبد له) اى للاب (تاجر لادين عليه صح) لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (بخلاف الوصى) اى لو ارتهنه الوصى من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتوليهما فى البيع وهو قاصر الشفقة ولا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه اى الوصى (بخلاف ابنه الكبير وابيه) اى اب الوصى وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته او طعامه ورهن به متاعه) اى متاع اليتيم (صح) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى للوصى التجارة تثميرا لماله ولا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن فى شئ من ذلك ما لم يقض الدين) لوقوعه لازما من جانبه ولو كان الاب رهنه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر) العبد (حرا او بثمن خل فظهر) الخل (خمرا او بثمن ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين

الموعود ( وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون ) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن ( وان رهنت بجنسها فهلاكها بمثلها من الدين ولاعبرة للجودة ) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا عند الامام فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة ( وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس ويجعل رهنا مكان الهالك ) قالوا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرارا باحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه اى يكون هلاكها بمثلها من الدين عند الامام وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ثم يجعل ما ضمن رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لاوجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وفي النهاية والتبيين تفصيل فليراجعهما ( ومن شرى ) شيئا ( على ان يعطى بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا ) لانه شرط ملايم للعقد اذ الرهن والكفالة للاستيثاق وهو يلايم الوجوب وفي القياس لايجوز لكونه صفقة في صفقة وهي منهى عنها واذا كان الرهن او الكفيل غائبا يفوت معنى الاستيثاق لان المشترى ربما يرهن شيأ حقيرا او يعطى كفيلا فقيرا لايعتد من الاستيثاق فبقى العقد بشرط غير ملايم فيفسده قياسا واستحسانا اما لو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس او نقد المشترى الثمن حالا جاز وبعد المجلس لايجوز ( فان امتنع ) المشترى ( عن اعطائه ) اى اعطاء الرهن ( لايجبر ) المشترى على اعطائه عندنا لان عقد الرهن تبرع ولاجبر على التبرعات وقال زفر يجبر عليه لان الرهن صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن فيلزم الرهن بلزومه ( و ) يثبت ( للبايع ) الخيار ان شاء ( فسخ البيع ) اذا ابى عن اعطاء الرهن وان شاء ترك الرهن لانه وصف مرغوب في العقد ومارضى ( الا به ) فيتخير بفواته ( ان دفع ) المشترى ( الثمن حالا ) فلا يفسخه لحصول الحق وهو الاثمان في العقود ( او دفع ( قيمة الرهن رهنا ) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة ( ومن شرى شيئا وقال ) المشترى ( للبايع امسك هذا ) الثوب مثلا ( حتى اعطيك الثمن فهو ) اى الثوب ( رهن ) عند الطرفين ( وعند ابى يوسف وديعة ) لارهن وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان قوله امسك يحتمل الامرين الرهن والايداع لانه اقل وادون من الرهن فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على لانه

لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن ولنا انه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن فالعبرة فى العقود للمعانى الايرى انه لوقال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال بعتك بكذا ولافرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشترى اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف مااذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلايكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لوقال له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما فى التبيين ( واورهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته ) اى حصة احدهما من الالف ( كالمبيع ) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للحق وهو المبالغة فى الحمل على الايفاء فصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ماسمى له وجه الاول ان العقد متحد لايتفرق بتفريق التسمية كما فى البيع ووجه الثانى انه لاحاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لايصير مشروطا فى الاخر الايرى انه لوقبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف البيع ( واورهن ) رجل ( عينا عند رجلين ) بدين لكل واحد منهم عليه سواء كانا شريكين فى الدين اولم يكونا شريكين فيه ( صح ) الرهن ( وكلها ) اى كل العين ( رهن لكل ) واحد ( منهما ) اى من الرجلين لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولاشيوع فى الرهن وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا الحبس ممالايقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا لكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حتى لايجوز عند الامام لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة ( والمضمون على كل ) واحد منهما ( على حصة دينه ) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الاخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء ممايقبل التجزى ( فان تهايئا ) اى المرتهنان ( فى حفظها ) اى العين المرهونة ( وكل ) واحد منهما ( فى نوبته كالعدل ) الذى وضع عنده الرهن ( فى حق الاخر ) وفيه اشارة الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما فى العناية وفى التبيين هذا اذاكان لايتجزى فظاهر وان كان ممايتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند الامام خلافا لهما ( فان قضى ) الراهن ( دين احدهما ) اى احد المرتهنين دون الاخر ( فكلها ) اى كل العين ( رهن عند الاخر ) لان جميع العين رهن فى يد كل

واحد منهما من غير فرق على ماذكرنا (ولو رهن اثنان من واحد صح وله) اى للواحد (ان يمسكه) اى الرهن (حتى يستوفى جميع حقه منهما) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما كالمشترين (ولو ادعى كل من اثنين ان هذا رهن) فعل ماض (هذا الشئ) مفعول رهن (منه وقبضه) اى الشئ (وبرهنا عليه) اى على ما ادعيا (بطل برهانهما) صورتها رجل فى يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما الذى فى يده قد رهنتنى عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على مدعاهما فهو باطل اذلا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لاستحالة ان يكون العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله لذلك فى حالة واحدة ولا لاحدهما بكله لعدم اولوية حجته على حجة الآخر ولا الى القضاء لكل منهما بالنصف لافضائه الى الشيوع فيتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا اذا جهل التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما قتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لاحكم له هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن فى يد احدهما كان صاحب اليد احق (ولو) كان هذا (بعد موت الراهن) اى اذا مات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه (قبلا وحكم بكون الرهن مع كل) واحد منهما (نصفه) بدل من الرهن (رهنا بحقه) اى بحق كل منهما استحسانا وهو قول الطرفين لان حكم الرهن هو الحبس فى الحيوة وليس للشيوع وجه هنا بخلاف الممات اذ بعده ليس له الحكم الا الاستيفاء بان يباع فى الدين شاع اولم يشع وعند ابى يوسف يبطل هذا قياسا لان القضاء بالاصف خيتز جاز فى الحيوة للشيوع وكذا فى الممات له وفى التنوير اخذ عمامة المديون ليكون رهنا عنده لم يكن رهنا دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهنا بكذا فاخذهما لم يكن واحد منهما رهنا قبل ان يختار احدهما

## ( باب الرهن يوضع على عدل )

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده

وزاد عليه بعض المعتبرات قيدا آخر حيث قال ورضيا ببيع الرهن عند حلول الاجل بناء على ماهو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والاقر ضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم وعن هذا قال في الكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب (ولو اتفقا) اى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدل صح) وضعهما (وتم) الرهن (بقبض العدل) هذا عندنا وقال زفر لايصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فيعدم القبض وبه قال ابن ابي ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (وليس لاحدهما) اى للراهن والمرتهن (اخذه) اى اخذ الرهن (منه) اى من العدل (بلا رضى الاخر) لتعلق حق كل واحد منهما به حفظا واستيفاء فلا يبطل كل واحد حق الآخر (ويضمن) العدل قيمة الرهن (بدفعه الى احدهما) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل واحد اجنبي عن الآخر والمودع اذا دفع الى الاجنبي يضمن ولانه لودفع الى المرتهن يدفع ملك الغير ولودفع الى الراهن تبطل اليد على المرتهن وذلك تعد (وهلاكه) اى الرهن (في يده) اى في يد العدل (على المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة (فان وكل الراهن العدل اوالمرتهن اوغيرهما) اى غير العدل والمرتهن (ببيعه) اى ببيع الرهن (وقت حلول الاجل صح) التوكيل لان الراهن مالكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا فلو وكل ببيعه صغيرا لايعقل فباعه بعد بلوغه لم يصح عند الامام لان امره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (فان شرطت) الوكالة (في عقد الرهن لاينعزل) الوكيل (بالعزل) اى عزل الراهن بدون رضى المرتهن لتعلق الحق بالمرهون وفي القهستاني ولو وكل بعد الرهن انعزل وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام الصحيح انه لم ينعزل كما في الذخيرة لكن الصحيح انعزل كما في الحمائية (ولا) ينعزل ايضا (بموت الراهن ولا) بموت (المرتهن) لان الوكالة المشروطة في ضمن عقد الرهن صارت حقا من حقوقه فيلزم بلزوم اصله كما في الهداية لكن هذا الدليل يقتضي جواز عزله قبل ان يقبض المرتهن الرهن فان اللزوم انما يتحقق بالقبض الا ان يقال لما كانت هذه الوكالة ثابتة في ضمن عقد الرهن فزوالها يكون في ضمن زواله ايضا تدبر (وله) اى للوكيل (بيعه) اى بيع الرهن بعد موت الراهن (بغيبة ورثته) اى ورثة الراهن كما كان له حال حيوته ان يبيعه بغير حضرة الراهن (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) فلا يقوم وارثه

لا برأي غيره كما في الهداية وهذا يقتضي ان يجوز بيع الوصي اذا قال الراهن للوكيل بالبيع اجزت لك ما صنعت فيه من شيء وصرح بذلك في الذخيرة وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها ( واو وكله ) اي العدل ( بالبيع مطلقا ) اي من غير تقييد بالنقد والنسيئة ( بعده ) اي بعد توكيله مطلقا ( عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه ) لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وتنعزل بعزل الموكل وتمامه في التبيين فليراجع ( ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضى الآخر ) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما يأتي ( وان حل الاجل والراهن ) او وارثه بعد موته ( غائب ) وابى الوكيل ان يبيعه ( اجبر ) بالاتفاق ( الوكيل على بيعه ) اي الرهن بان يحبسه القاضي اياما فان لم يبع بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل الامام فكذلك عند البعض لان جهة البيع تعينت لان بيع الرهن صار حقا للمرتهن ايفاء لحقه بخلاف سائر اموال المديون وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده وفيه اشعار بانه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل اجبر هو كما في القهستاني ثم ان البيع لا يفسد بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كلا اجبار وفيه ايهام انه لا يجوز البيع قبل حلول الاجل وفي الغاية لو سلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول الدين فله ان يبيع قبل ذلك ( كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها ) اي على الخصومة ( عند غيبة موكله ) اي اذا وكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصم فانه يجبر على الخصومة لان المدعي خلى سبيل المدعى عليه اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يمكن للوكيل ان يمتنع كما في الكافي وفيه اشعار بان تكون الوكالة بطلب المدعي لكن اطلاق المتن يخالفه تدبر وفي البرجندي والخلاف في اجبار الوكيل بالخصومة كالخلاف في اجبار الوكيل ببيع الرهن والتقييد الوكيل بالخصومة لان الوكيل بقضاء الدين لا يجبر اذا وكله بقضائه من مال نفسه بخلاف ما اذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل تدبر ( وكذا يجبر ) على بيعه ( او شرطت الوكالة ) ( بعد عقد الرهن في الاصح ) وذكر السرخسي ان في ظاهر الرواية لا يجبر الوكيل على البيع وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد اي يجبر

سواء شرط اولم يشترط وبقيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير ( فان باعه ) اى الرهن ( العدل فثمنه ) اى ثمن الرهن ( قائم مقامه ) اى مقام الرهن ولافرق بين ان يكون الثمن مقبوضا اولم يكن لقيامه مقام ماكان مقبوضا وهو الرهن ( وهلاكه ) اى هلاك الثمن اوتوى على المشترى ( كهلاكه ) اى الرهن فيسقط بقدره دين المرتهن ولاينظر الى قيمة الرهن بل الى قيمة الثمن خص العدل بالذكر والظاهر انه اذاوكل المرتهن ببيع المرهون كان الحكم ايضا كذلك كافى البرجندى ( فان اوفاه ) اى الثمن بعد بيع العدل الرهن ( المرتهن واستحق الرهن وكان هالكا ) فى يد المشترى ( فللمستحق ان يضمن الراهن ) قيمة الرهن ان شاء لانه غاصب فى حقه بالاخذ ( ويصح البيع والقبض ) اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع نفسه ( او ) ضمن المستحق ( العدل ) معطوف على قوله الراهن لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم ( ثم العدل ) على تقدير تضمينه ( مخير ان شاء ضمن الراهن ) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ( ويصحان ) اى البيع وقبض المرتهن ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه ولايرجع المرتهن على العدل بشئ بدينه ( او ) ضمن ( المرتهن ثمنه ) الذى اداه اليه لظهور اخذه الثمن من غير حق ( وهو ) اى الثمن ( له ) اى للعدل لانه ملكه وانما اداه الى المرتهن على ظن ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن العدل راضيا به فله ان يرجع به عليه ( ويبطل القبض فيرجع المرتهن على الراهن بدينه ) لان العدل اذا رجع بطل قبض المرتهن الثمن فيرجع المرتهن على راهنه بدينه ضرورة ( فان كان الرهن قائما ) فى يد المشترى ( اخذه ) اى الرهن ( المستحق ) من مشتريه لانه وجد عين ماله ( ورجع المشترى على العدل بثمنه ) لكونه عاقدا فحقوق العقد راجعة اليه ( ثم ) رجع ( هو ) اى العدل ( على الراهن به ) اى بثمنه لانه الذى ادخله فى العهدة بتوكيله فيجب عليه تخليصه ( وصح القبض ) اى قبض المرتهن الثمن لان مقبوضه سلم له ( او رجع ) العدل ( على المرتهن ) بالثمن الذى اداه اليه اذ بانتقاض العقد يبطل الثمن وكذا نقض قبضه بالضرورة ( ثم ) يرجع ( المرتهن على الراهن بدينه ) لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن هذا على اشتراط التوكيل امان لم يشترط فى الرهن لاخيار للعدل وعن هذا قال ( وان لم يكن التوكيل مشروطا فى الرهن يرجع العدل على الراهن فقط ) لا على المرتهن سواء ( قبض المرتهن ثمنه اولم يقبض ) كما اذا باع العدل

بامر الراهن وضاع الثمن في يده من غير تعد منه ثم استحق المرهون وضمن العدل يرجع به على الراهن (وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته) ان شاء لانه متعد في حقه بالتسليم (ويصير المرتهن مستوفيا) بدينه لان الراهن ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (و) ان شاء (ان يضمن المرتهن) لانه متعد في حقه ايضا بالقبض (ويرجع المرتهن بها) اي بالقيمة التي ضمنها لانه مغرور من جهة الراهن (و) يرجع (بدينه على الراهن لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه يقال لما كان رجوع المرتهن على الراهن بسبب انه مغرور من جهته كان الملك بالرجوع متأخرا عن عقد الرهن فتبين انه ملك غيره

## ( باب التصرف في الرهن وجنايته والجناية عليه )

لما ذكر الرهن واحكامه شرع فيما يعترض عليه اذ عارضيته بعد وجوده (بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء دينه ) وعن ابي يوسف انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خاص ملكه والصحيح ظاهر الرواية لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على اجازته وان تصرف الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من النفاذ حقه وقدزال بالاجازة وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضي لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل وقدزال المانع من النفوذ (فان اجاز صار ثمنه رهنا مكانه ) وفي الهداية فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وعن ابي يوسف انه انما يكون الثمن رهنا اذا كان الراهن شرط ان يباع بدينه امااذا لم يكن شرطا فلا والصحيح هو الاول وهذا كله اذا باع الراهن وهو في يد المرتهن اما اذا دفعه الى الراهن فقبل لا يبقى الرهن فلا يكون الثمن رهنا والاصح انه يبقى رهنا لانه بمنزلة الاجازة فلا يبطل الرهن لكن يبطل ضمانه كافي العمادية (وان لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ لا ينفسخ في الاصح) اذ ثبوت حق الفسخ له لضرورة صيانة حقه ولا حاجة الى هذه الضرورة اذ حقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا وينفسخ في رواية ابن سماعة كعقد الفضولي يبقى او استفكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه واذا كان

موقوفا ( فان شاء المشترى صبر الى ان يفك الرهن ) لان العجز على شرف الزوال ( اورفع ) المشترى الامر ( الى القاضى ليفسخه ) اى يفسخ القاضى البيع بسبب العجز عن التسليم فان ولاية الفسخ الى القاضى لا الى المشترى كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو اجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو باع الراهن ثم آجر اورهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق هو ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لاحق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق كما فى الهداية ( وصح عتق الرهن ) موسرا كان او معسرا ( الرهن ) اى العبد الرهن بلا اذن المرتهن ( و ) كذا يصح ( تدبيره واستيلاده ) عندنا لانه تصرف صدر عن الاهل ووقع فى المحل فخرجوا من الرهنية لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وانما لا ينفذ بيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر الى القدرة على التسليم بخلاف الاعتاق ولهذا ينفذ اعتاق الآبق دون بيعه ( فان كان ) الراهن ( موسرا وطولب بدينه ان ) كان ( حالا ) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه ( واخذت قيمة الرهن ) اى اخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد ( فجعلت ) اى القيمة ( رهنا مكانه لو ) كان الدين ( مؤجلا ) حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة وهو ان يكون الكل رهنا واذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل كما فى الهداية ( وان كان ) الراهن ( معسرا سعى ) العبد المعتق فى الاقل من قيمته ومن الدين ) اى ان كانت القيمة اقل سعى العبد فى القيمة وان كان الدين اقل من القيمة سعى فى الدين وانما يسعى لانه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته اذ ليس عليه ان يسعى فيما زاد على مقدارها ( ورجع ) العبد ( به ) اى بما سعى ( على سيده ) اذا ايسر لانه قضاه بالزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه رجع عليه بخلاف المستسعى فى اعتاق احد الشريكين لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما وقال الشافعى انه ينفذ ان كان موسرا لامكان تضمينه ولا ينفذ ان كان معسرا ( و ) سعى

( المدبر وام الولد ) في التدبير والاستيلاد ( في كل الدين لا رجوع ) لان كسب المدبر والمستولد ملك المولى فيسعيان في كل دينه بلا رجوع ( واتلافه ) اى اتلاف الراهن الرهن ( كاعتاقه موسرا ) اى ان كان الدين حالا اخذ منه كل الدين وان كان مؤجلا اخذ قيمته ليكون رهنا عنده الى زمان حلول الاجل ( وان اتلفه ) اى الرهن ( اجنبي ) اى غير الراهن ( ضمنه ) اى التالف ( المرتهن قيمته ) اى الرهن يوم هلك ( وكانت ) القيمة ( رهنا مكانه ) لانه احق بعين الرهن حال قيامه وكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك بالاستهلاك بخلاف ضمانه على المرتهن تعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة و يوم الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه كامر لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه و بحلول الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كما في الهداية وغيرها وهو مشكل بان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف سقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كما في التبيين لكن الاشكال يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا ثم انتقصت منهما خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا تأثير في سقوط شيء منه بتراجع السعر اصلا وهذا ظاهر من عبارة الهداية وغيرها تدبر ( ولو اعار المرتهن الرهن ) اى فعل به مثل ما يفعل بالعارية والا فالعارية تمليك المنافع والمرتهن لا يملك ولكن وفي المنح تفصيل فليراجع ( من راهنه خرج من ضمانه ) لان الضمان كان باعتبار

قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع القبض الذي له فلا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه (وبرجوعه) اى برجوع الرهن الى يد المرتهن (يعود ضمانه) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (وله) اى للمرتهن (الرجوع) من الاعارة (متى شاء) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى تلك الحالة (ولو اعاره احدهما) اى اعار المرتهن او الراهن الرهن (باذن الآخر من اجنبى خرج من ضمانه ايضا) لما بينا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (فلو هلك فى يده) اى فى يد المستعير (هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان (ولكل منهما) اى من الراهن والمرتهن (ان يرده) من المستعير (رهنا) كما كان لانه لم يخرج عن الرهنية بالاعارة ولان لكل واحد حقا محترما فى الرهن وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبى اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ كما فى الهداية (فان مات الراهن قبل رده) اى قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن (فالمرتهن احق به) اى بالرهن (من سائر الغرماء) لان حكم الرهن باق فيه اذ يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون وليس بمضمون بالهلاك فظهر منه ان الضمان ليس من لوازم الرهن من كل وجه (ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه) للعمل (او استعمله باذنه فهلك حال استعماله سقط ضمانه عنه) اى عن المرتهن لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وان هلك) الرهن (قبل استعماله) اى المرتهن الرهن (او) هلك (بعده) اى بعد استعماله (فلا يسقط ضمانه عن المرتهن اما الاول فلبقاء عقد الرهن واليد والضمان واما الثانى فلان يد العارية ترتفع بالفراغ فيبقى على اصل الرهن (وصح استعارة شئ ليرهنه) ذلك الشئ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد (فان اطلق) المعير ولم يقيده بشئ (رهنه) اى المستعير (بما شاء) من قليل او كثير (عند من شاء) عملا بالاطلاق (وان قيد) المعير ما اعاره للرهن (بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به) فليس للمستعير ان يتجاوز عنه اذ كل ذلك لا يخلو عن افادة شئ من التيسير والحفظ والامانة ثم بين فائدته فقال (فان خالف) ما قيده به المعير (فهلك كان ضامنا فان شاء) المعير (ضمن المستعير) قيمته (ويتم الرهن بينه) اى بين المستعير والراهن (وبين مرتهنه) لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب (او) ضمن

( المرتهن ورجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير للراهن ) في الاستحقاق
وان خالف الى خير بان عين له باكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر
فانه لا يضمن ( وان وافق ) المستعير في ارتهانه بما عينه المعير ( وهلك عند
مرتهنه صار مستوفيا دينه ) ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر او صار مستوفيا
( قدر قيمة الرهن او ) كانت قيمته ( اقل من الدين وطالب راهنه باقيه ) اى باقى
الدين اذا لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ( ووجب للمعير على المستعير
مثل الدين ) او صار مستوفيا دينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى
دينه كله ( او قدر القيمة ) او صار مستوفيا قدر قيمة الرهن لانه قضى ذلك
القدر من دينه ولا تجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا ( ولو هلك
عند المستعير قبل رهنه او بعد فكه ) عن الرهن ( لا يضمن ) لانه لم يصر قاضيا دينه
وهو الموجب للضمان على ما بيناه ( وان ) وصلية ( كان قد استعمل من قبل )
بالاستخدام او الركوب او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن
خلافا للشافعي ( ولو اراد المعير فكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده
له ذلك ) وليس للمرتهن ان يمتنع من تسليم الرهن بل يكون مجبورا على الدفع
لان قضاءه كقضاء الراهن في استخلاص ملكه ( ورجع المعير بما ادى
على الراهن ) لكونه غير متبرع في القضاء لانه يسعى في استخلاص ماله
ولو قال المستعير هلك في يدى قبل الرهن او بعد الفكاك وادعى المعير هلاكه
عند المرتهن فالقول للمستعير ) مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين
الحالتين فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان
بالفكاك فلا يقبل قوله في ذلك بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا الرهن
وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الايفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد
المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان بشأنه وكان منكرا للضمان ( ولو اختلفا
في قدر ما امره بالرهن به فللمعير ) اى فالقول للمعير لان الاذن يستفاد من جهته
ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه ( وجناية الراهن على الرهن
مضمونة ) لانه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك
كالاجنبى في حق الضمان الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ
تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا
قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه ( وكذا جناية المرتهن عليه ) مضمونة
( فيسقط من دينه بقدرها ) اى بقدر الجناية لان عين الرهن ملك المالك
وقد تعدى عليه المرتهن وهو سبب الضمان فيصير مستوفيا من دينه بقدر
الجناية اما اذا كان قدر الجناية اكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد

على الدين لان الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك ( وجناية الرهن عليهما ) اى على الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت خطأ في النفس اوفي دونها واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كما في اكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده لكان اولى تدبر ( وعلى مالهما هدر ) اى باطل عند الامام ( خلافا لهما في المرتهن ) فان عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الائمة الثلاثة اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر بالاتفاق بخلاف الجناية الموجبة للقصاص واما الخلافية فلهما ان الجناية حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لااطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لافائدة في اعتباره لانه لايتملك بهما العبد مع ان التملك فائدة ولم يوجد وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن الامام انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لايعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي كما في الهداية ( ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجلة فصارت قيمته مائة ) بان انتقص سعره ( فقتله اى العبد ( رجل ) خطاء ( وغرم مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه ) وسقط باقيه وهو تسعمائة ( ولا يرجع على راهنه بشئ ) لان انتقصان من حيث السعر لايوجب السقوط عندنا لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر واما نقصان العين فيتقرر بفوات جزء منه فيسقط الدين في انتقاصها لافي انتقاص المالية من جهة السعر ولما كان الدين باقيا ويد الرهن يد الاستيفاء صار مستوفيا الكل من الابتداء خلافا لزفر لان المالية انتقصت فاشبه انتقاص العين ( وان باعه ) اى المرتهن الرهن وهو العبد الذي يساوي الفا وكان رهنا بالف ( بالمائة بامر راهنه ) قبض المائة قضاء لحقه ( ورجع ) المرتهن بعد قبض المائة ( عليه ) اى على الراهن ( بالباقي ) اى بباقي الدين وهو تسعمائة وفي الكافي واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمائة فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينتقص فصح البيع ايضا عند الامام

اوصح ... ان كان قال نعم بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن
بما باعه باذنه وصار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن
ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا (وان قتله) اى العبد الرهن الذى
يساوى الفا قبل نزول السعر الى مائة او بعد النزول (عبد) هو (يساوى مائة
ودفع) بصيغة المجهول (به) اى دفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب
قتله (افتكه الراهن بكل الدين) وهو الالف عند الشيخين لان التغير لم يظهر فى
نفس العبد اذ العبد الثانى قام مقام الاول من حيث انه دم ولحم فكأنه تراجع
سعره الى مائة ولو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك هنا (وعند
محمد) هو بالخيار (ان شاء دفعه) اى العبد المدفوع (الى المرتهن) بدينه
ولا شئ عليه غيره (وان شاء افتكه بالدين) لانه تعرض ضمان المرتهن فاوجب
التخيير وقال زفر يصير الثانى رهنا بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر
بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشرة فيبقى الدين بقدره (وان جنى)
العبد (الرهن خطأ ففداه المرتهن) لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله
فى ضمانه ودينه مستغرق رقبته وعلى تقدير الفداء بقى الدين والعبد رهن وليس
له ولاية الدفع الى ولى القتيل اذ الدفع تمليك وهو ليس بمالك (ولا يرجع المرتهن
على الراهن) بشئ من الفداء لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية
الضامن فلو رجع على الراهن رجع الرهن عليه ولا يفيد (فان ابى) اى امتنع
المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) الى ولى الجناية (او فداه) اى يقال للراهن افعل
واحدا من الدفع والفداء ان شاء يدفعه وان شاء يفدى عنه (ويسقط الدين)
تاما بفعل كل منهما من الراهن ان كان الدين اقل من قيمة الرهن او مساويا
وان كان الدين اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد ولا يسقط الباقى كما فى اكثر
المعتبرات فعلى هذا لو قيده كما قيدناه لكان اولى تدبر وفى بعض المعتبرات اذا ولدت
المرهونة ولدا فقتل انسانا خطأ او استهلك مال انسان فلا ضمان على المرتهن
بل يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن
فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى
فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته
فان ادى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل
للراهن بعه فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا (فى الفداء) وان لم يؤد وبيع العبد فى الدين يأخذ صاحب دين العبد
دينه وتمامه فى الهداية والكافى فليطالعهما وفى المنح ولو رهن حيوانا من غير بنى آدم
فجنى البعض على البعض كان هدرا او بعضه كأنه هلك بآفة سماوية ولو رهن

عبدين كل واحد منهما يساوى الفا بالفين فقتل احدهما الاخر اوجنى احدهما على الاخر فيمادون النفس قل الارش اوكثر لا تعتبر الجناية و يسقط دين المجنى عنه بقدره ولو كانا جميعا رهنا بالف فقتل احدهما الاخر فلا دفع ولا فداء و يبقى القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين ولو رهن عبدا اودابة فجناية الدابة على العبد هدر وجناية العبد على الدابة معتبرة حسب جناية العبد على عبد آخر ( ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين ) لان الوصى قائم مقامه ( فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره ) اى الوصى ( بذلك ) اى بالبيع لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ماعليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان الدين على الميت فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن

( فصل )

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى اواخر الكتب ( رهن رجل عصيرا ) اى عصير عنب عند رجل ( قيمته عشرة ) دراهم ( بعشرة ) دراهم ( فتخمر ) العصير اى صار خمرا ( ثم تخلل ) اى صار خلا ( وهو ) اى والحال انه ( يساويها ) اى عشرة دراهم ( فهو ) اى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا ( رهن بها ) اى بعشرة دراهم لان عقد الرهن لم يبطل بالخمر لان ماصلح محلا للبيع صلح محلا للرهن لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لايصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان من باع عصيرا فتخمر فى يد البائع بقى البيع الا انه يخير فى البيع لتغير وصف المبيع كالو تعيب فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن ( وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن به ) اى بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا بقى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لايعود البيع بقدره على ماهو المشهور وان قال بعض المشايخ يعود البيع هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وفى البزازية اشترى خلا بدرهم اوشاة على انها مذبوحة بدرهم رهن به شيئا ثم هلك الرهن فظهر ان الخل خمر والشاة ميتة يهلك مضمونا بخلاف ما اذا اشترى خمرا اوخنزيرا اوميتة اوحرا ورهن بالثمن شيئا وهلك عند المرتهن لايضمن لانه باطل وان انتقص الرهن عند المرتهن قدرا اووصفا يسقط

من الدين بقدره بخلاف النقصان بتراجع السعر على ما عرف فلو رهن ثوبا قيمته اربعون بعشرة فافسده السوس حتى صارت قيمته عشرة يفتكه الراهن بدرهمين ونصف و يسقط ثلاثة ارباع الدين لان كل ربع من الثوب صار بربع الدين وقد بقي من الثوب ربعه فبقي من الدين ايضا ربعه (ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن) لانه متولد من ملكه فلا يدخل الكسب والهبة والصدقة في الرهن لانها غير متولدة من الاصل فيأخذ الراهن في الحال (ويكون رهنا مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يدفع معه فيه (فان هلك) النماء (هلك بلا شيء) لعدم دخوله تحت العقد مقصودا (وان بقي) النماء (وهلك الاصل يفتك) الراهن (بحصته من الدين ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع (فما اصاب الاصل سقط) من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا (وما اصاب النماء افتك به) صورته رجل رهن شاة بعشرة دراهم وقيمتها عشرة يوم القبض ثم ولدت ولدا قيمته خمسة دراهم يوم الفك فصارت قيمتهما خمسة عشر والدين يقسم على قيمتهما اثلاثا يصيب ثلثا الدين الام وهو ستة فيسقط ويصيب ثلثه الولد وهو ثلثة لان قيمتهما اثلاث فيلزم الراهن ان يدفع الثلث ثم يأخذ الولد وفي التنوير ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل زوائد الرهن فاكلها فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين وان لم يفتك الراهن الرهن حتى هلك الرهن في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن كما مر وفي الخانية رهن جارية فارضعت صبيا للمرتهن لم يسقط شيء من دينه بخلاف ما لو رهن شاة فشرب المرتهن من لبنها فانه محسوب عليه من الدين (وتصح الزيادة في الرهن) مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر فيكون مع الاول رهنا بالعشرة (ولا تصح) الزيادة (في الدين) مثل ان يقول الراهن اقرضني خمسة اخرى على ان يكون العبد الذي عندك رهنا بالف (فلا يكون الرهن رهنا بها) اي بالزيادة عند الطرفين لان الزيادة في الدين ترك الاستيثاق وهو يكون منافيا لعقد الرهن ولان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين

السابق فان هلاك العبد الرهن يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثانى بلا رهن (خلافا لابى يوسف) فان عنده تجوز الزيادة فى الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان قياسا على الجانب الآخر ولان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع وقال زفر والشافعى لاتجوز الزيادة فى الرهن ولا فى الدين لعدم جوازها فى الثمن والمبيع ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لاتصح ان لايكون رهنا بالزيادة كما انه رهنا باصل الدين واما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها) اى الالف (فالاول رهن) فات قبل الرد يصير مستوفيا لدينه فالعبد الاول رهن كما كان (حتى يرد) المرتهن (الى راهنه والمرتهن امين فى) العبد (الثانى) حتى يجعله مكان الاول (رد الاول) على الراهن ثم يصير الثانى مضمونا لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لايدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض وقيل لايشترط كما فى الهداية وغيرها لكن فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد يصح ذلك اذا قبض انتهى يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثانى خرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن اولم يرد (ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين اووهبه) اى الدين (منه) اى من الراهن (فهلك الرهن) فى يد المرتهن (هلك بلاشئ) استحسانا وقال زفر يضمن قيمة الرهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان مابقى القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين لانه ضمان استيفاء وذا لايتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لورد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض ولو بقى الدين وكذا اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقى القبض فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف فى يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار مانعا غاصبا فيضمن القيمة وكذا لو ارتهنت المرأة رهنا بالصداق وابرأته اووهبته اوارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء (ولو قبض) المرتهن (دينه اوبعضه منه)

اى من الراهن (اومن غيره) كالمتطوع (اوشرى به) اى بالدين (عينا) منه (او صالح عنه) اى عن الدين (على شئ او احتال به) اى احال الراهن مرتهنه بدينه (على آخر ثم هلك) الرهن فى يد المرتهن (قبل رده) اى الى الراهن (هلك بالدين) لان نفس الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه لما تقرر فى موضعه ان الديون تقضى بامثالها لا بانفسها لكن الاستيفاء يتعذر لعدم الفائدة لا يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى لئلا يتكرر الاستيفاء (ويرد ماقبض الى من قبض منه) هذا فى صورة ايفاء الراهن او المتطوع اوالشراء او الصلح وتبطل الحوالة ويهلك الرهن بالدين اذ بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا (وكذا) اى كما يهلك الرهن بالدين فى الصورة المذكورة يهلك به ايضا (لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك) الرهن (هلك بالدين) لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموجود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين بخلاف الابراء لان الابراء يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط الدين بل يثبت لكل واحد منهما على الاخر فيتعذر الاستيفاء لما مر من عدم الفائدة وفى الكافى اذا تصادقا على ان لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلاك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هنالك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل فضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابى انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا وفى التنوير كل حكم عرف فى الرهن الصحيح فهو الحكم فى الرهن الفاسد وفى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه عدم بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن بصفة الفساد وفى كل موضع لم يكن كذلك لا ينعقد الرهن اصلا فاذا هلك هلك بغير شئ وتمامه فى المنح فليطالع

## ( كتاب الجنايات )

اوردا الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات لان الوسائل تقدم على المقاصد كما فى اكثر الشروح وقال فى غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة بما ليس الا انسان فعله

انتهى واورد عليه ان هذا التعليل ليس بشئ لان الحق بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولاشك ان احكامهما مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية ويمكن الجواب عنه بان كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويبحث فى كل منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة وشك فى جواز الرهن وحظر الجناية ويكفى هذا القدر فى تقديمه عليها كما لايخفى والجناية فى اللغة اسم لمايجنيه اى يكسبه المرء من شر تسمية للمفعول بالمصدر من جنى عليه جناية ثم خص فى العرف بما يحرم من الفعل سواء كان فى نفس اومال وفى عرف الفقهاء بما حرم فعله فى نفس اوطرف والاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطاء وجار مجرى الخطاء والقتل بسبب كما سيأتى تفصيله والثانى يسمى جناية فيما دون النفس وشرع القصاص لمافيه من معنى الحيوة شرعا كما قال تعالى ولكم فى القصاص حيوة والفرق بين هذه الاية وبين قول العرب القتل انفى للقتل بلاغة وفصاحة مبين فى كتب البيان بما لامزيد عليه ثم شرع فى بيان احكام القتل فقال (القتل اما عمد) موجب للضمان احتراز عن نحو قتل قطاع الطريق والحربى والمرتد (وهو ان يقصد ضربه) اى ضرب القاتل المكلف ما يحرم ضربه كما هو المتبادر (بما يفرق الاجزاء من سلاح اعد للحرب (اومحدد من حجر اوخشب اوليطة اوحرقة بنار) اقول انما شرط فى الآلة ماذكر لان العمد هو القصد وهو من اعمال القلب لايوقف عليه الا بدليله وهو استعمال ماذكر من الآلات فاقيم الدليل مقام المدلول هذا عند الامام (وعندهما) وفاقا للشافعى (بما يقتل غالبا) حتى لوضربه بحجر عظيم اوخشبة عظيمة فهو عمد وقوله اوليطة بكسر اللام قشر القصب والاحراق بالنار من القتل العمد الموجب للقصاص لان النار من المفرقات للاجزاء كما فى الاتقان وقال فى الكفاية الاترى انها تعمل عمل الحديد حتى انها اى النار اذا وضعت فى المذبح فقطعت ما يجب قطعه فى الذكوة وسال بها الدم حل وان انجمد ولم يسل الدم لايحل انتهى وفى الخانية ان الجرح لايشترط فى الحديد ومايشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية انتهى وفى الخلاصة رجل ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابته الحديدة قتل به عند الكل وان اصابه بظهره ولم يجرحه فعندهما لاشك انه يجب القصاص وكذا عند الامام فى ظاهر الرواية وفى رواية الطحاوى عنه انه لايجب فعلى هذه الرواية يعتبر الجرح سواء كان حديدا اوعودا اوحجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح وقال صدر الشهيد والاصح ان المعتبر عنده الجرح وكذا بسنجات الميزان من الحديد وقال رجل احمى تنورا ورمى فيه انسانا اوالقاه

في نار لا يستطيع الخروج منها فعليه القصاص عند له السلاح وكذا كل
ما لا ينبث عادة كالسلاح الا انه لا يشترط الجرح في النار كالسلاح في حكم الذكوة حتى لو توقدت
النار على المذبح وانقطع بها العروق لا يحل اكله انتهى لكن قال في البزازية
ان النار تعمل في الحل وان تعمل الذكوة حتى لو وقد النار في المذبح ما يحرق
العروق ثم أكل انتهى وهذا موافق لما قدمناه من الكفاية ويحمل على
ما اذا سال بها الدم وبه حصل التوفيق بين كلامي صاحب الخلاصة والبزازية
(وموجبه) اي القتل العمد (الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم وفي الحديث سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال
الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه انعقد الاجماع
(والقصاص عينا) نصب على الحال من القصاص اي حال كونه متعينا
خلافا للشافعي فانه قال لا يتعين القصاص بل الولي مخير بينه وبين اخذ الدية
لقوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما ان يفدي
ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية وقوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما اورده من الحديث فعلى
تقدير صحته لا تجوز به الزيادة على النص لانه نسخ والى ذلك اشار ابن عباس
رضي الله تعالى عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا
لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما لقوله تعالى
ولقد كرمنا بني آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لاقامة مصالحه
ومبتذلا في حوائجه فلا يصلح جابرا وانما مقامه الا ان الصلح على مال يجوز
بالتراضي سواء كان باقل من الدية او اكثر منها (الا ان يعفى) على صيغة
المجهول اي الا ان يعفو ولي المقتص عنه او يصالحه على شيء من ماله كما مر آنفا
والعفو افضل (ولا كفارة فيه) لانه ما كان دائرا بين الحظر والاباحة والقتل
كبيرة محضة فلا ينبغي ان تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى العبادة فيها
ولقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن منها قتل النفس العمد
وعند الشافعي عليه الكفارة كما في الخطاء مراعاة لحق الله تعالى في العمد
(وما شبه عمد وهو ضربه) اي القتل (قصدا بغير ما ذكر) في العمد مما لا يفرق
الاجزاء كالشجر عظاما والحجر الضخما ان كانا عند محمدين والسوط واليد هذا
عند الامام خلافا لغيره في القتل العظيم على ما مر في القتل العمد لان شبه العمد
عندهما ضرب الغالب بآلة لا يقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط
(وموجبه) اي شبه العمد (الاثم) لقصد ما هو محرم شرعا ولقوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان قيل ان المدعى عام للمؤمن

والـذمى والدليل خاص بالمؤمن قلنا ان موجبها فى المؤمن ثبت بعبارة النص وفى الذمى بدلالته لتحقق المساواة فى العصمة لايقال ان الآية دليل المعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة فى النار لانا نقول ذلك فى المستحل او يراد بالخلود طول المكث او يراد بها الوعيد الشـديد تنبيها على عظم تلك الجناية ( والكفارة ) على القاتل لانه خطأ نظرا الى الآلة فـدخل فى قوله تعالى ومن قتـل مؤمنا خطأ الآية ( والدية المغلظة على العاقلة ) الناصرة للقاتل اما وجوبها فلقوله عليه السلام الاان قتيل خطاء العمدقتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل الحديث واما كون الوجوب على العاقلة فلانه خطاء من وجه فيكون معذورا فيتحقق التخفيف لـذلك ولانهـا تجب بنفس القتـل فتجب على العاقلة كما فى الخطاء وتجب فى ثلاث سـنين لقضية عمر رضى الله تعـالى عنه وهو ماروى عنه رضى الله تعالى عنه انه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسـول الله عليه السـلام لانه مما لايعرف بالرأى ( لاالقود ) عطف على الدية اى ليس فيه قود لشبهه بالخطاء ( وهو ) اى شـبه العمد ( فيما دون النفس ) من الاطراف ( عمد ) باعتبار الضرب والاتلاف جميعا يعنى اذا جرح عضوا بآلة جارحة وجب فيه القصاص ان كان مما راعى فيـه المماثلة وليس فيما دون النفس شـبه العمد كما كان فى النفس لان اتلاف النفس يختلف باختـلاف الآلة ومادون النفس ليس كـذلك لماروى عن انس ابن مالك رضى الله تعالى عنه ان عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا والارش فابوا الاالقصاص فاختصموا الى رسول الله عليه السلام فامر بالقصاص فقال انس بن نضر اتكسر ثنية عمة الربيع والذى بعثك نبيـا بالحق لاتكسر ثنيتها فقال رسول الله عليه السلام ياانس كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا وطلبوا الارش فقال عليه السلام ان من عباد الله من لواقسم على الله لابره ووجه دلالته على مانحن فيه ان اللطمة لواتت على النفس لاتوجب القصاص ورأيناها فيمـا دون النفس قداوجبته بحكمه عليه السلام انه ماكان فى النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولايتصوران يكون فيه شبه عمد كما فى التبيين ( واماخطاء ) عطف على قوله اماعمد اوشـبه عمد ( وهو ) اى الخطاء قسمان اماخطاء ( فى القصد بان يرمى شخصا ظنه صيـدا ) فاذاهوادمى ( او ) يرمى بظنـه ( حربيا فاذا هو آدمى معصوم الدم ) وانما سمى خطأ فى القصد اى فى الظن حيث ظن الآدمى صيدا والمسلم حربيا واماالخطأ فى الفعل فقد بينـه بقوله ( اوفى الفعل بان يرمى غرضا فيصيب آدميا ) فانه اخطاء فى الفعل لاالقصد فيكون معـذورا لاختلاف المحل بخلاف مالوتعمـد ضرب موضع فى جسـده

ثم اصاب موضعا منه آخر فانه حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد
فيما يرجع الى مقصوده فلا يهدر بخلاف ما اذا اراد يد رجل فاصاب عنق غيره
وابانه فهو خطاء كما في العناية اما لو اراد ان يضرب يد رجل بالسيف فاخطاه
فاصاب عنقه فابان رأسه فهو عمد وفي المنح قال في البدائع والخطاء قد يكون
في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب
آدميا وان يقصد رجلا فيصيب غيره وان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا
آخر منه فهذا عمد وليس بخطاء واما الثاني فنحو ان يرمي الى انسان على ظن
انه حربي او مرتد فاذا هو مسلم انتهى (واما ما اجرى مجرى الخطاء كنائم
انقلب على غيره فقتله) فحكمه حكم الخطاء وليس بخطاء حقيقة لعدم قصد
النائم الى شئ حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعل حقيقة وجب عليه
ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطاء لانه معذور كالمخطئ (وموجبهما) اى
الخطاء مطلقا وما اجرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى به عمر رضي الله تعالى عنه في ثلاث
سنين بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم فصار اجماعا (واما القتل
بسبب) اى كونه سببا للقتل (وهو) اى القتل بسبب (نحو ان يحفر بئرا او يضع
حجرا في غير ملكه بلا اذن) من له الاذن وهو قيد للمعطوفين (فيهلك به انسان)
قيد بقوله في غير ملكه لانه لو فعله في ملكه لا يضمن ما تلف به لانه مأذون
في فعله فلم يكن متعديا فيه ومما ينبغي ان يعلم انه اذا مشى الهالك عليه بعد علمه بالحفر
فانه لا يلزم على الحافر شئ (وموجبه) اى كل واحد من الحفر ووضع الحجر
(الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر ووضع الحجر فجعل
كالمباشر للقتل فيجب به الدية صيانة للانفس وتكون على العاقلة لان القتل
بهذا الطريق دون القتل بالخطاء فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا
عنه لا في الخطاء بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا قال (لا) تجب (الكفارة فيه)
وفي المجتبى وفيه ذنب الحفر والوضع في غير ملكه دون ذنب القتل قالوا ولا اثم فيه
معناه لا اثم فيه اثم القتل دون اثم الحفر والوضع (وكلها) اى ما ذكر من انواع
القتل كالعمد وشبهه والخطاء (توجب حرمان الارث الا هذا) اى الا القتل
بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي هو ملحق
بالخطاء في الاحكام

## ( باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه )

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص

وقد لا يوجد احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة فقال (يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التأبيد) قوله على التأبيد صفة لموصوف محذوف تقديره حقنا واحترز به عن المستأمن فان فى قتله شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب فلا يكون محقون الدم على التأبيد وقوله (عمدا) قيد للقتل اى قتل عمد فهو منصوب على انه مفعول مطلق لبيان النوع واحترز به عن القتل الغير العمد فانه لا يجب فيه القصاص (فيقتل الحر بالحر) لكمال المماثلة (و) يقتل (بالعبد) لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية لقوله عليه السلام العبد قود ولان القود يعتمد على المساواة فى العصمة وهى اما فى الدين او الدار ولان التخصيص بالذكر فى قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد لا ينفى ماعداه مع ان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس على ما قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى سبب نزول هذه الآية وعند الشافعى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وانت خبير بان حمل اللام فى قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد على العهد كما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى سبب النزول يحسم مادة الاستدلال بها رأسا لان مبنى استدلال الشافعى على حمل اللام للجنس وليس كذلك (والمسلم بالذمى) لعمومات الكتاب والسنة ولما روى انه عليه السلام قتل مسلما بذمى ولانهم اعطوا الجزية لتكون اموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا خلافا للشافعى لقوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة كما فى الهداية (ولا يقتلان) اى المسلم والذمى (بمستأمن) لانه غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل) يقتل (المستأمن بمثله) للمساواة بينهما وهو القياس وفى الاستحسان ان لا يقتل لقيام مبيح القتل فيه وفى المنح وينبغى ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بان العمل على الاستحسان الا فى مسائل مضبوطة يعمل فيها بالقياس ليست هذه المسئلة منها وقد اقتصر مولى خسرو فى مختصره على القياس انتهى (و) يقتل (الذكر بالانثى) وفى النهاية وذكر صاحب الكشاف فى تفسير قوله تعالى والانثى بالانثى قال مالك والشافعى لا يقتل الذكر بالانثى لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعى ومالك (و) يقتل (العاقل بالمجنون) لا بعكسه (و) يقتل (البالغ بغيره) اى غير البالغ لا بعكسه ايضا (و) يقتل (الصحيح بغيره)

اى بصير الصحيح كالاعمى والزمن (و) يقتل (كامل الاطراف بناقصها) اى بناقص الاطراف للعمومات المذكورة (و) يقتل (الفرع باصله) وان علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الاصل بفرعه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده فالوالد يتناول الجد من قبل الاب والام وان علا والوالدة والجدة من طرف الاب والام وان علت وهو باطلاقه حجة على مالك فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم تخلفه الوارث كما فى الهداية (بل تجب الدية فى مال) الاب (القاتل) لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لا تعقل العمد (فى ثلاث سنين) وقال الشافعى تجب فى الحال لان التأجيل كان للتخفيف فى حق الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لا يكون بدلا عنها الا ان الشرع ورده مؤجلا فلا يعدل عنه (ولا) يقتل (السيد بعبده او مدبره او مكاتبه) لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على نفسه قصاص (و) لا يقتل (بعبد ولده) اى لا يقتل الوالد بقتله عبد ولده لان الولد لا يستوجب القصاص على الاب (و) لا (بعبد بعضه له) اى ولا يقتل المولى بقتل عبد بعضه له وبعضه لآخر لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط فى البعض سقط فى الكل (وان ورث قصاصا على ابيه) بان قتل الاب ام ابنه او قتل الاب اخا لامرأته ثم ماتت امرأته قبل ان تقتص منه فان ابنهما ورث القصاص الذى لها على ابيه (سقط) القصاص لحرمة الابوة (ولا قصاص على شريك الاب او المولى او شريك المخطئ او) شريك (الصبى او) شريك (المجنون او) شريك (كل من لا يجب القصاص عليه) كشريك الجد والام وغيرهم مما مر لانه اذا سقط فى البعض لاجل انه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزى (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يحضر الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يلى القصاص والراهن لو تولاه يبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وقيل لا يثبت القصاص لهما وان اجتمعا وقيد باجتماعهما حتى لو اختلفا فلهما القيمة يكون رهنا مكانه (وان قتل مكاتب عن وفاء وله) اى للمكاتب (وارث مع سيده فلا قصاص) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اختلفوا فى موته حرا ورقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له حق القصاص فارتفع (وان لم يكن له وفاء يقتص سيده) بالاجماع سواء كان مع السيد وارث اولا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بموته عاجزا فيقتص المولى (وكذا) يقتص المولى (ان كان له وفاء ولا وارث له غير سيده)

اى المكاتب عند الشيخين لان حق الاستيفاء للمولى يتعين لانعدام الوارث وتعدد السبب لايقتضى تعدد الحكم ولايؤدى الى المنازعة لاتحاد الحكم للمولى (خلافا لمحمد) فان عنده لايقتص المولى لانه لايستوفى لاشتباه سبب الاستيفاء وهو الولاء ان مات حرا او الملك ان مات عبدا (ولاقصاص الا بالسيف) سواء قتله به او بغيره لقوله عليه السلام لاقود الا بالسيف والمراد به السلاح وقوله عليه السلام لاتعذبوا عباد الله وقال الشافعى يفعل بالقاتل مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات فيها والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة والفعل المشروع كالرجم وهو فى الجملة مشروع وغير المشروع كوطئ الصغيرة واللواطة بالصغير او اجرع احدا خمرا حتى قتله اختلف اصحاب الشافعى فيه قال بعضهم تحز رقبته ولايفعل به مثله واما القتل بحجر مشروع فى الرجم فجاز ان يقتل به وقال بعضهم يتخذله مثل آلته من الخشب ويفعل به مثل ما فعل وفى الخمر بجرع الماء حتى يموت (ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده) اى المعتوه (وقاتل قريبه) يعنى اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فولى المعتوه يعنى اباه يقتص من جانب المعتوه لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع الى النفس وهى تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وان يصالح) اى لاب المعتوه ان يصالح القاطع على مال قدر الدية او اكثر لانه انظر فى حق المعتوه ولو صالح على اقل منه لايجوز فتجب دية كاملة (لاان يعفو) اى ليس له ولاية العفو لانه ابطال لحقه بلاعوض (والصبى كالمعتوه) لان كل ما ثبت من الاحكام المذكورة لاب المعتوه يثبت لاب الصبى (والقاضى كالاب فى الصحيح) عند عدم الاب فى الاحكام المذكورة لانه نائب من السلطان والسلطان يقتص من قاتل القتيل الذى لاولى له كذا يقتصه النائب وقوله فى الصحيح احتراز عما روى عن محمد ان القاضى لايستوفى القصاص للصغير لا فى النفس ولا فيما دون النفس ولاان يصالح كذا فى الخانية وفى النهاية قال ابو يوسف ليس للسلطان ان يقتص اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام كاللقيط كما ليس له ان يعفو بغير مال لان الحق للمسلمين وقلنا للسلطان ولنائبه ولاية عامة فيلى الاستيفاء (وكذا الوصى) اى هو كالاب فى جميع ذلك (الا انه لايقتص فى النفس) لانه ليس له ولاية على نفسه حتى لايملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف لانه لم يستثن الا القود فى النفس وفى كتاب الصلح ان الوصى لايملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفى وهو مختص بالاب ولايملك العفو لان الاب

لايملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لايملك الوصى الاستيفاء في الطرف كما لايملكه في النفس لان الحق متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال كذا فى الهداية (ومن قتل وله اولياء كبار وصغار) بان كان للمقتول بنون صغار وكبار اواخوة صغار وكبار (فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار) عند الامام لانه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز على الانفراد واحتمال العفو من الصغير منقطع كما فى ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت (خلافا لهما) لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعى واحمد فى رواية (ولو كان احد الكبار غائبا ينتظر) حضوره (اجماعا) لما بينا من احتمال العفو من الكبير الغائب (ومن قتل بحديدة المراقص منه ان جرحه) لانه سبب ظاهر للجرح (وان قتل (بظهره) اى بظهر المر (اوعصاه فلا) يقتص لكونه غير جارح (وعليه الدية) عند الامام (وعندهما يقتص) وهو رواية عن الامام اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان كما فى الهداية (وكذا الخلاف فى كل مثقل) ان كان مما لايطيقه الانسان (وفى التغريق والخنق) يعنى لا يقتص عند ابى حنيفة خلافا لهما لوجود القتل بغير حق وهو مذهب الشافعى وله ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل بآلة جارحة تعمل فى نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف وفيه جرح ظاهر والباطن فلا تماثل لان وكذا لايقتص فى القتل بتغريق ان كان الماء كثيرا حيث لايمكنه النجاة بالسباحة كالبحر خلافا لهما وهو قول الشافعى فعنده يغرق ان كان كثيرا يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان قليلا لايقتل به غالبا فلا يقتص فيه بالاتفاق كما فى شرح الوقاية لابن الشيخ وفى المنح وان سجن ساعة فلا دية فيه وان القاه من سطح اوجبل اوبئر وربى نجاته غالبا فهو خطأ العمد والا فعلى الخلاف ولو اوجره سما كرها اوناوله واكرهه على شربه فلا قود فيه والدية على عاقلته وقيل هو على الخلاف المعروف اذا كان السم مقدار مايقتل غالبا وان ناوله فشرب من غير اكراه فلا قصاص فيه ولا دية على الشارب به اولم يعلم ولو ادخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا عند الامام وعندهما تجب الدية ولو دفنه حيا فمات يقاد به (وان تكرر منه القتل) بالمثقل والتغريق والخنق (منه) اى من القاتل (قتل به) اى بالقتل المكرر (اجماعا) لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك فللامام قتله سياسة لانه سعى فى الارض

بالفساد ( ولاقصاص في القتل بموالاة ضرب السوط ) وقال الشافعي فيه القصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق موجب العمد وهو القصاص وانا ماروى الاان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان هذه الآلة غير موضوعة للقتل ( ومن جرح ) اى عمدا ( فلم يزل ذافراش حتى مات اقتص من جارحه ) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه كما في الهداية ( واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لاالقصاص ) لان هذا احد نوعى الخطاء والخطاء بنوعيه لايوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على يمان ابى حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لايجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم ( ومن مات بفعل نفسه وزيد وحية واسد ) يعنى من شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك ( فعلى زيد ثلث ديته ) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى يأثم به بالاتفاق ولايصلى عليه عند ابى يوسف ويغسل فقط وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس ويوزع دية النفس اثلاثا فيكون التلف بفعل زيد ثلثها فعليه ثلث الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لاتعقل فيه يفهم من هذا الكلام ان يكون المقتول عاقلا بالغا والايلحق فعله بفعل الاسد والحية فيكون فعله هدرا كفعلهما وكذا يفهم ان لايتفاوت في جانب الاسد والحية زيادة من وطئ فرسه حيث يكون فعل هذه الثلاثة جنسا واحدا لكونه هدرا مطلقا ايضا حتى لا ينقص بانضمام الفرس اليهما عن الثلث الواجب على زيد ( ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ) لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه اى اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الابه ولاشئ بقتله لانه باغ سقطت عصمته ببغيه فلم يلزم على القاتل قصاص ولادية ولاكفارة ولا يختلف بين ان يكون بالليل اوبالنهار في مصر اوغيره ( ولاشئ في قتل من شهر على اخر سلاحا ليلا اونهارا في مصر اوغيره اوشهر عليه عصا ليلا في مصر اونهارا في غيره فقتله المشهور عليه ) لان السلاح لايلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل فلا يختلف الحكم فيه بالنهار اوالليل اوالمصر اوغيره هذا في السلاح واما العصا فكالسلاح ان كانت خارج المصر لافرق فيها بين الليل والنهار لانه لايلحقه الغوث حينئذ

فكان له دفعه بالقتل بخلاف ماذا كان في المصر فجواز الدفع بالقتل مشروط بان يكون بالليل اما اذا كانت العصا في المصر نهارا فلا يجوز له الدفع بالقتل كما يأتي في المتن (ولا) شئ (على من) اي شخص (قتل) اي ذلك الشخص (من) اي شخصا آخر (سرق متاعه ليلا واخرجه ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وهذا اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل كما في الهداية وغيرها اما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة من المسلمين والحاكم فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذي لا يندفع الا بالقتل كذا في الزيلعي وشرط الاخراج لانه ما لم يخرج المتاع لم يكن سارقا والذي في اكثر الكتب انه اذا قصد الاخذ ولا يتمكن من دفعه الا بالقتل فلا شئ بقتله وعلى هذا لا فرق بين القتل بعد الاخراج او قبل الاخراج حيث انه في الصورتين ان امكن الدفع او الاسترداد بدون القتل لا يقتل وان لم يمكن يجوز له القتل فلا فائدة بعد هذا ح بقيد الاخراج فتأمل (ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا في مصر) لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث ويفرق بين العصا التي تلبث والتي لا تلبث بالصغر والكبر وعند الامامين العصا التي لا تلبث مثل السلاح في الحكم حيث لم يفرق فيهما بين الليل والنهار والمصر وغيره (او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع) عطف على قوله شهر عصا يعني يجب القصاص اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضرب به الشاهر ولم يقتله وانصرف ثم ان المشهور عليه ضرب الشاهر فقتله لعصمة دم الشاهر بالانصراف لان هدر دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف عن ذلك عاد الى ما كان عليه من العصمة فيقتص من قاتله لانه قتل رجلا معصوم الدم (ولو شهر مجنون او صبي على اخر سيفه فقتله الآخر عمدا فعليه الدية في ماله ولو قتل جملا صال عليه ضمن قيمته) وعن ابي يوسف لا تجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان في الدابة وقال الشافعي لا يجب في الكل لانه قتله دفعا عن نفسه ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة واذا لم تسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية في الآدمي والقيمة في الدابة

## ( باب القصاص فيما دون النفس )

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل ( هو ) اي القصاص فيما دون النفس ( فيما يمكن فيه ) الضمير في فيه يرجع الى ما وهي نكرة موصوفة عبارة عن فعل الجناية ( حفظ المماثلة ) وكل ما امكن رعايتها فيه يجب القصاص وما لا فلا ( اذا كان عمدا فيقتص بقطع اليد من المفصل ) لا فيما اذا قطع من نصف الساعد حيث لا يمكن فيه رعاية المماثلة كما سيأتي ( وان ) وصلية ( كانت اكبر من يد المقطوع ) لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وانما اعتبر الكبر والصغر في شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكان رأس الشاج اكبر من رأسه لعدم المماثلة بينهما اذ المعتبر في ذلك هو الشين دون المنفعة بخلاف قطع اليد فان الشين فيه لا يختلف ولهذا خير بين الاقتصاص واخذ الارش ( وكذا الرجل ) اذا قطعت من المفصل للمماثلة لا من نصف الساق حيث لا يمكن المماثلة ايضا كما سيأتي ( وكذا في مارن الانف وفي الاذن ) اذا قطعها عمدا فيقتص من القاطع لا في قصبة الانف لعدم امكان رعاية المماثلة ( و ) كذا يقتص ( في العين ان ذهب ضوءها ) بضرب اوغيره ( وهي قائمة ) اي والحال ان العين قائمة وقوله بضرب اوغيره اي بحيث لم تدمع اذا كانت مفتوحة مقابلة للشمس اولم تهرب من الحية اوقال ذلك طبيبان وفيه رمز الى انه لوابيض بعض الناظرة اواصابها قرحة اوسيل اوشيء مما يقبح بالعين ليس فيه قصاص بل حكومة عدل والى انه لوذهب بياضه ثم ابصر لم يكن عليه شيء قالوا وهذا اذا صار كما كان واما اذا عاد دون ذلك ففيه حكومة عدل والى انه اذا كان عين المجني عليه اكبر من عين الجاني اواصغر فهو سواء وكذا اليدان والرجلان وكذا اصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا يؤخذ شيء من الاعضاء اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى فالحاصل انه لا يؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع ومن قطع يدا ظفرها مسود او بها جراحة لا يوجب نقصان دية اليد يجب القصاص كما في المنح ( لا ) يقتص ( ان قلعت العين وذهب نورها ) اذ رعاية المماثلة في القلع والانخساف غير ممكن ( فيجعل على الوجه قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة حتى يذهب ضوءها ) وانما جعل هذا الوجه لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر ( و ) يقتص ( في كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة ) وهي ان يظهر العظم كما سيأتي ( ولا قصاص في عظم سوى السن ) لتعذر استيفاء المثل لانه يحتمل الزيادة والنقصان ولقوله عليه السلام

القصاص لعدم المحل في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض فيجب المال كما في الخطاء فان العجز عن القصاص لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا ولا يحصل المال في الاسقاط منه (وقيل على العاقلة) والصحيح هو الاول لان العاقلة لا تحمل العمد (ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهي نصفان) يعني اذا قتل حر وعبد رجلا عمدا حتى وجب عليهما الدم فامر الحر وولى العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر وولى العبد نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة وترك القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم روى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله تعالى عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح ثم اعلم انه لابد في القتل من ان يجرح كل واحد جرحا مهلكا لان زهوق الروح يتحقق بالمساواة كما في تصحيح القدوري للشيخ قاسم حتى اذا لم يجرح كل واحد جرحا مهلكا لا يقتل قال الزاهدي في المجتبي انما يقتل جميعهم اذا وجد من كل واحد منهم جرح يصلح لزهوق الروح فاما اذا كانوا نظارة او مغرين او معينين بالامساك والاخذ لا قصاص عليهم انتهى ويدل عليه قول الزيلعي في تعليل وجوب قتل الجمع بالفرد لان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كانه ليس معه غيره انتهى (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم) اى يكتفي بقتل الفرد حيث لا تجب الدية عندنا خلافا للشافعي لانه يقتل بالاول ويجب المال للباقين ان علم اول من قتل وان لم يعلم اول المقتولين يقتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته فيجب المال للباقين (وان حضر واحد) من الاولياء (قتل له) اى لذلك الواحد الحاضر (وسقط حق) اولياء (البقية) وهو القصاص عندنا لفوات المحل فصار كموت العبد الجاني (ولا تقطع يدان بيد وان امرا السكين فقطعا ويضمنان ديتها) يعني لا تقطع يدا رجلين بيد رجل امرا سكينا واحدا على يد فقطعت وتجب دية واحدة على المناصفة عندنا لان كل واحد قاطع بعض اليد فلا مماثلة لان الانقطاع حصل باعتمادهما على السكين عند الامرار وانحدار

فيضاف البعض الى كل واحد بخلاف النفس لان زهوق الروح لايتجزى وعند الشافعي يقطع يداهما قياسا بالانفس لكون الطرف تابعا لها اوزجرا لهما وقيل عند الشافعي يقطع يد احدهما بالقرعة وعلى الآخر الدية قيل او وضع احدهما السكين من جانب والآخر وضع السكين الآخر من جانب وامرا حتى التقى السكينان لا يجب القصاص اتفاقا لان كلا منهما قاطع للبعض (فان قطع رجل يمنى رجلين) سواء قطعهما معا او على التعاقب (فلهما قطع يمينه ودية يد بينهما) وهو نصف دية النفس فيقسم بينهما نصفين (ان حضرا معا) لان المماثلة مرعية بالقيمة فى الاطراف وعند الشافعى يقطع بالاول فى التعاقب وللثانى الارش ويقرع بينهما فى القران والقصاص لمن خرجت قرعته والآخر الارش (وان حضر احدهما) اى احد المقطوعين (وقطع) القاطع عند حضوره (فللآخر الدية) اى دية واحدة لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب بين ان لا يطلب او يعفو مجانا او يصالح فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا (وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به) عندنا لانه غير متهم فيه لانه مضر بالعبد فيقبل قوله ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالادمية سواء كان مأذونا او محجورا حتى لايجوز اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمان فلا يبالى به خلافا لزفر اذ عنده لا يجوز اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطاء او بالمال (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى آخر) عمدا (فماتا اقتص للاول) لانه عمد (وعلى عاقلته الدية للثانى) لانه احد نوعى الخطاء كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

## ( فصل )

(ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا) اى سواء كانا عمدين او خطائين او مختلفين (ان تخللهما برء) فيجب القطع والقتل فى العمدين ودية ونصف دية فى الخطائين والقطع والدية اذا كان القطع عمدا والقتل خطاء والقصاص ونصف الدية فى عكسه والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه لتخلل البرء بينهما وهو قاطع للسراية فى العمدين والخطائين ولاختلاف حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا فى المختلفين (والا) اى وان لم يتخلل بينهما برء (وان اختلفا

عمدا او خطأ ) بان كان القطع عمدا والقتل خطأ او بالعكس ( اخذ بهما ) ايضا فيجب القطع والدية في الاول والقصاص ونصف الدية في الثاني لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والآخر خطأ ( لا ) يؤخذ بهما ( ان كانا خطائين ) ولم يتخلل بينهما برء ( بل تكفي دية واحدة ) اعني دية القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية ( وفي العمدين ) الذين لم يتخلل بينهما برء ( يؤخذ بهما ) فيجب القطع والقتل عند الامام ( وعندهما لا ) يقطع ( بل يقتل فقط ) فيدخل جزاء القطع في جزاء القتل لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ( ولو ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة وجب دية واحدة فقط ) عند الامام لانه لما برئ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير للضارب فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل الامام وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية كما في الهداية ( وان جرحته ) اي جرحت المضروب مائة سوط ( وبقي لها الاثر ) اي اثر الجراحة بعد البرء ( ولم يمت تجب حكومة عدل ) عند الامام لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار بقاء الاثر في النفس وان لم يبق لها اثر لا يجب شيء عنده ( ومن قطعت يده عمدا فعفا ) المقطوع ( عن القطع فمات منه ) اي من القطع ( فعلى قاطعه الدية في ماله ) عند الامام لانه عفا عن القطع وهو غير القتل فلما سرى تبين انه القتل لا القطع فيجب ضمان القتل لان حقه فيه هذا في القياس الا ان الدية وجبت استحسانا لان صورة العفو اورثت للشبهة ( وعندهما هو ) اي عفو المقطوع عفو ( عن النفس ) فلا يلزم على القاطع شيء اذ العفو عن القطع عفو عن موجبه وهو احد الامرين هو القطع ان لم يسر او القتل ان سرى ( وان عفا ) المقطوع ( عن القطع وما يحدث منه ) اي من القطع ( او ) عفا ( عن الجناية ) عمدا ( فهو عفو عن النفس اجماعا ) لكون الجناية جنسا متناولا للسارية والمقتصرة ثم مات من ذلك لا شيء عليه ( والعمد من كل المال والخطاء من ثلثه ) اي ثلث المال يعني ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه قود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطأ وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من ثلث المال لان الدية مال وحق الورثة يتعلق بها والعفو وصية فيصح

من الثلث ( الشج كالقطع ) اى العفو عن الشجة كالعفو عن القطع فاذا عفا المشجوج عن الشجة فمات منها يضمن شاجه ارشه عند الامام لان العفو ورد للشبهة فلا يضمن القتل وعندهما لا يجب شئ اذ العفو عن الشجة عفو عن موجبه هو الارش ان لم يسر او القتل ان سرى ولو عفا عن الشجة فهو عفو عن النفس وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس ولو عفا عن الشجة خطاء فهو عفو معتبر من الثلث ولو عفا عن الشجة عمدا فهو عفو مجانا ( وان قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على ) موجب ( يده ثم مات ) المقطوع يده ( فعليه مهر مثلها وعليها الدية فى مالها ان قطعت عمدا وعلى عاقلتها ان ) قطعت ( خطاء ) هذا عند الامام لان العفو عن اليد او القطع لا يكون عفوا عن ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا كان تزوجها على القصاص فى الطرف وليس بمال على تقدير الاستيفاء فعلى تقدير السقوط اولى فلا يصلح للمهر فيجب لها عليه مهر المثل فان قيل قد سبق ان القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يصح تزوجها عليه اجيب ان الموجب الاصلى للعمد هو القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم تجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وهو فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمله فاذا وجبت له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون تزوجها على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطاء ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة قيل ينبغى ان تقع المقاصة على القول المختار فى الدية وهو عدم وجوبها على العاقلة بل على القاتل ( وان تزوجها على اليد وما يحدث منها ) يعنى السراية ( او على الجناية ثم مات ) من ذلك القطع ( فعليه مهر المثل فى العمد ) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا كما لو تزوجها على خمر او خنزير ( ويرفع عن العاقلة ( مقداره ) اى مقدار مهر مثلها ( فى الخطاء ) ان كان مهر المثل اقل من الدية ( والباقى ) من الدية ( وصية لهم ) اى للعاقلة ( فان خرج ) الباقى ( من الثلث سقط والا ) اى وان لم يخرج الباقى من الثلث ( فقدر ما يخرج منه ) لانه تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن التزوج

من الجوائح الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون
وصية والدية تجب على العاقلة وقد صار بعد مهرا فتسقط كلها بتسميتها ان كان
مهر مثلها مثل الدية او اكثر (وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى) اي فيما
اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما وما في جوابها
في القصاص اي في الخطأ والعمد (ومن قطعت يده فعفا ثم قطع ما اقتص له من
القاطع قتل قاطعه) يعني لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له بان قطع يده
ثم مات المقطوع الاول منه قتل المقطوع الثاني به وهو
القاتل الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود
واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذا انه وفي طرف من عليه القصاص
وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه
عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه اي من المقطوع الاول ان حقه
فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به (ومن
قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل ضمن) اي قاطع اليد (دية اليد)
عند الامام لانه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال (ومن قطعت يده
فاقتص من قاطعها) بعده بلا حكم حاكم كما في الدرر (فسرى) القطع (الى
نفسه فمات) اي على المقتص (دية النفس) عند الامام لان حقه في القطع لا في
القتل والسراية كانت قتلا لا قطعا فصار قتله بغير حق وما يتقيد بوصف
السلامة هو من الواجبات كالرمي الى الحربي وما نحن فيه ليس منها اذ العفو
مندوب لكن لم يجب القصاص لاندرائه بالشبهة فاوجب الى الدية (خلافا لهما
فيهما) اي في هذه المسئلة والمسئلة التي قبلها اما في الاولى فلان اقدامه على
القطع دليل على انه ابرأه عن غيره واما في هذه المسئلة فلانه استوفى حقه وهو
القطع فقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد
بشرط السلامة كما في سائر الواجبات القصص كالامام والقاضي اذا قطع يد السارق
فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال اقطع
يدي فقطعها ومات وفي المنح وضمان الصبي اذا مات من ضرب ابيه او وصيه
تأديبا عليهما اي على الاب والوصي عند الامام كضرب معلم صبيا او عبدا
بغير اذن ابيه ومولاه وان كان الضرب باذنهما لا ضمان وكذا يضمن زوج
امرأة ضربها تأديبا

## (باب الشهادة في القتل واعتبار حالته)

لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها بعد ذكر حكم القتل

لان ما يتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ ( القود يثبت للوارث ) بطريق الخلافة ( ابتداء لابطريق الارث ) عند الامام لانه يثبت بعد الموت والميت ليس اهلا لان يملك شيئا الامالة اليه حاجة كالمال مثلا ولهذا يجهز وتقضى ديونه وتنفذ وصاياه من ماله وطريق ثبوته الخلافة وعندهما بطريق الارث والفرق بينهما ان الوراثة تستدعى سبق ملك المورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة لا تستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ماذكره صدر الشريعة ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى القتل اعتدى القاتل على المقتول بمثل مااعتدى عليه لكنه عاجز عن اقامته فالورثة قاموا مقامه من غير ان يكون المقتول ملكه ثم انتقل منه الى الورثة ( فلايكون احدهم ) اى احد الورثة ( خصما عن البقية فيه ) اى فى اثبات فعل القصاص بغير وكالة منهم فاذا اقيم القصاص اقيم بجميعهم ( بخلاف المال ) لان الميت اهل لان يملك المال ولذا لونصب شبكة وتعلق به صيد بعد موته يملكه وعندهما يثبت بطريق الوراثة ( فلو اقام احد اثنين حجة بقتل ابيهما عمدا والآخر غائب لزم اعادتها ) اى اعادة الحجة ( بعد عود الغائب ) ليتمكن من الاستيفاء عند الامام وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفى القصاص قبل عود الغائب بل اذا اقام الحاضر البينة يحبس القاتل لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لابد لهما من اعادة البينة ( خلافا لهما ) اى قالا لايلزم اعادتها بعد عود الغائب بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة ( وفى ) قتل ( الخطاء والدين لاتلزم ) اعادة البينة اذا جاء الغائب بعد اقامة الحاضر لان هذا لايوجب القود بل يوجب الدية فطريق ثبوته الوراثة اجماعا وحاصل الكلام ان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيمايدعى مالا للميت اوعليه كما اذا ادعى احد الورثة شيئا من تركة الميت على احد واقام عليه بينة يثبت حق الجميع بلاحاجة الى الدعوى والاثبات من الباقين وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئا من التركة واقام عليه بينة تثبت على جميعهم بلاحاجة الى الدعوى والاثبات على الباقين ( ولو برهن القاتل على عفو ) الوارث ( الغائب فالحاضر خصم ) عن الغائب ( ويسقط القود ) اى لواقام القاتل البينة على الوارث الحاضر ان الوارث الغائب قدعفا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فتقبل بينة العفو عليه لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص وانتقاله الى المال فاذاقضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعا و يسقط القود عن القاتل لعدم التجزى و ينقلب الى الدية ( وكذا اذا قتل عبد الرجلين واحدهما غائب )

فقام القول مقام الفعل على ما عرف ثم [illegible] صار المال
حقهما ويسقط القود للآخر أيضا (ولو شهد وليا قصاص بعفو أخيهما بطل)
أي الشهادة يعني إذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث
أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا وهو انقلاب
القود مالا وهو ثلثا الدية لهما لكن القصاص قد سقط ووجب لهما
المال في حق الشاهدين وهذه المسئلة على وجوه أربعة فذكر الأول
بقوله (فإن صدقهما) أي الوليين (القاتل فقط) وكذبهما المشهود عليه
(فالدية بينهم أثلاثا) لأنه بتصديقه إياهما أقر بثلثي الدية لهما وادعى
بطلان حق الشريك فلا يصدق فتحول مالا فيغرم القاتل الدية أثلاثا وذكر
الثاني بقوله (وإن كذبهما) أي إن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو
(فلا شيء لهما) أي للوليين الشاهدين (وللآخر ثلث الدية) لأنهما
بشهادتهما عليه بالعفو أقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح إقرارهما في حق
أنفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما إلا ببينة وللولي المشهود
عليه ثلث الدية لأن دعواهما عليه العفو وهو منكر في حقه بمنزلة
لأن سقوط القصاص مضاف إليهما وذكر الثالث بقوله (وإن صدقهما
الآخر فقط) دون القاتل (غرم القاتل له) أي للآخر (ثلث الدية)
يعني يغرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب الشريك (ثم يأخذانه) أي يأخذ
المخبران الثلث (منه) أي من الشريك المصدق لأن زعم الشريك أنه عفا
بتصديق المخبرين فلا شيء له على القاتل وإنما على القاتل ثلث الدية وما في يد
الشريك وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف إليهما
لإقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي ألف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي
وإنما هو لفلان فإن ذلك يصرف إليه وكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس
أن لا يلزم القاتل شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره وما أقر
به القاتل للمشهود عليه قد بطل بإقراره بالعفو لتكذيبه إياه وجوابه أن القاتل
بتكذيبه للشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط
بشهادتهما كما ادعيا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب
إلى غيره فيحول الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الإقرار كمن قال لفلان علي
كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما مر آنفا في المتن (وإن اختلف
شاهدا القتل في زمانه) أي زمان القتل (أو مكانه أو) في (آلته) بأن قال
أحدهما قتله بعصا وقال الآخر قتله بالسيف (أو قال أحدهما قتله بعصا
وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله بطلت) شهادتهما لأن القتل لا يتكرر والفعل

فى زمان اومكان غير القتل فى زمان آخر ومكان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم يقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولان القاضى تيقن كذب احدهما لاستحالة اجتماع ماذكر واذابين احدهما الآلة وقال الآخر لاادرى بماذاقتله فلاتقبل شهادتهما ايضا لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد يوجب الدية على العاقلة فاختلف حكمهما كالصورة الاولى فلاتقبل واما اذاشهد احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول وقدتقرر فى كتاب الشهادة انه لايجمع بين قول وفعل وكذا تبطل الشهادة لوكمل النصاب فى كل واحد منهما بان شهد شاهدان انه قتله يوم الجمعة واخران انه قتله يوم السبت اوشهدا كذلك فى المكان لتيقن القاضى بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول ولوكمل احد الفريقين دون الاخر قبل الكامل منهما لعدم المعارض كما فى المنح (وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة) بان قالا لاندرى باى شئ قتله (لزمت الدية) استحسانا والقياس ان لاتقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اجاز الكذب فى اصلاح ذات البين على ماورد به الحديث ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا فهذا مثله اواحق منه فيحمل عليه وانما وجبت الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلاتثبت الخطاء بالشك (ولو اقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله) اى للولى (قتلهما) جميعا لان تكذيب الولى فى بعض ماافربه وهو الانفراد بالقتل لايبطل الاقرار وان كان فيه التفسيق لان فسق المقر لايمنع صحة الاقرار وكذا لوقال الولى لاحدهما انت قتلته له ان قتله دون الاخر ولوقال الولى فى صورة الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله بخلاف الاول وهو مااذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله فقامت البينة على آخر انه قتله كلاهما كان الولى قتل المقر دون المشهود عليه ولو قال الولى لاحد المقرين صدقت

ان شئت فاقتله وصدقك كان له قتله كما اذا قال ذلك لاحد الشهود شهدا
شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية وجاء المشهود بقتله حيا ضمنت
العاقلة الولي او الشهود ورجع الشهود على الولي والعمد كالخطأ الا
في الرجوع ولو شهدا على اقراره او شهدا على شهادة غيرهما في الخطاء
لم يضمنا وضمن الولي الدية لما ذكر في الدرر (ولو شهدا بقتل زيد عمرا و) شهد
(آخران بقتل بكر اياه وادعى وليه قتلهما لغتا) اي الشهادتان لان تكذيب
الولي الشاهد في بعض ما شهد به وهو الانفراد في القتل يبطل الشهادة
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول (والعبرة بحال الرمي)
لان الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده يوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان
عند ذلك (لا الوصول) اي ليس المعتبر حالة الوصول (فتبدل حال المرمي)
عند الامام (فلو رمى مسلما) عمدا (فارتد فوصل) السهم (اليه فمات تجب
الدية) عنده لان الضمان لورثة المرتد لكونه معصوما وقت الرمي لا القصاص
لاندرائه بالشبهة فتجب الدية (خلافا لهما) اي لا شيء على الرامي لان التلف
حصل في محل غير معصوم فيكون هدرا ولان المرمي اليه كان مبرئا بالارتداد
عن موجبه كما اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت (ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول
لا يجب شيء اتفاقا) وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان
لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك (وان رمى عبدا
فاعتق فوصل) السهم اليه بعدما اعتق (فمات) اي على الرامي (قيمته لمولاه)
عند الشيخين لانه يصير قاتلا من وقت الرمي وقد صار هو مملوكا في تلك الحالة
فتجب قيمته (وعند محمد) عليه (فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي) لان توجه
السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الفا
وبعده ثمانمائة يلزم الرامي مائتان وقال زفر تجب عليه الدية لان الرمي يصير علة
عند الاصابة اذ علة الاتلاف لا تصير من غير تلف يتصل به وقد تلف بعد الحرية
(وان رمى محرم صيدا فحل) من احرامه قبل الاصابة (فوصل) السهم الى
الصيد فقتله (وجب الجزاء) اذ الاعتبار بحالة الرمي (وان رماه حلال واحرم)
بعد الرمي (فوصل) السهم الى الصيد فقتله (فلا) يجب الجزاء لان رميه وقع
حال كونه حلالا وان وصل اليه السهم بعد احرامه (وان رمى من قضي عليه برجم)
اي اذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل (فرجع شهوده) بعد ما رمى (فوصل)
بعد رجوع الشهود (لا يضمن) الرامي لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها
(ولو رمى مسلم صيدا فتمجس) اي صار مجوسيا (فوصل حل) الصيد
(وفي العكس) يعني لو رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل (يحرم) لان المعتبر حالة

رمى وهو اصل في مسائل هذا الباب وذلك بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له بارتداده على ما بينا في اول هذا الفصل كذا في المنح

## ( كتاب الديات )

وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات كون الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة ولما كان القصاص اشد صيانة قدم موجبه والديات جمع دية وهو مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس قال المولى المعروف باخي چلبي ثم قيل لذلك المال دية تسمية بالمصدر وواوها محذوفة كذا في المغرب ( الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا ) يعني ان الدية المغلظة في شبه العمد تكون اربعة انواع بينها بقوله ( بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع ) وقد سبق تفسير الكل في كتاب الزكوة ( من كل ) اي من كل واحد منها ( خمس وعشرون ) فيكون جملتها مائة هذا عند الشيخين ( وعند محمد ) وهو قول الشافعي ( ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون ثنية ) فقد سبق تفسيرها في كتاب الزكوة ( كلها ) اي كل الثنيات ( خلفات ) بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام والفاء جمع خلفة وهي الحامل من النوق فيكون قوله ( في بطونها اولادها ) صفة كاشفة وفي غاية البيان ان تغليظ الدية مروي عن ابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنهم لكن اختلفوا في كيفية التغليظ فعند الشيخين ما ذكر اولا وعند محمد والشافعي ما ذكر ثانيا لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلظة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطاء المحض ودليل الشيخين قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت عنه صلى الله تعالى عليه وسلم هو هذا وما رواه محمد والشافعي غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في صفة التغليظ فان عمر رضي الله تعالى عنه وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنهم قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله تعالى عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مثل ما قلنا ولا مدخل للرأي في المقادير فكان كالمرفوع وصار معارضا لما روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالادنى وهو المتيقن اولى في النهاية وذكر في المبسوط ان الشيخين احتجا بحديث السائب ابن يزيد ان النبي عليه السلام قضى في الدية مائة من الابل ارباعا ومعلوم انه

لم يرد به التغليظ لانه لا تغليظ في الخطاء فيجب احداها علم ان المراد به شبه العمد على انه قال عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى ما يكون منه فكان ما قلناه اولى ولان الدية المنجب موصا والمجمل لايجوز ان يبق شئ من الماوصات لو جهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا ولا نعلم في لبس التغليظ من حيث العدد بل من حيث السن ثم لما بات تغيرا صدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها كرائم اموالهم فكذلك في الديات ( ولا تغليظ في غير الابل ) اى لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار ( وهى ) اى الدية المغلظة ( في شبه العمد ) لما روي من الحديث وهو قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة ( و ) الدية ( المخففة ) مبتدأ خبره قوله الف دينار ( وهى ) اى الدية المخففة ( في الخطاء وما بعده ) مما يجري مجرى الخطاء والقتل بسبب ( من الذهب الف دينار ) قيمة كل دينار عشرة دراهم فقوله من الذهب حال من الف قدمت على صاحبها ( ومن الورق ) بفتح الواو وكسر الراء الفضة ( عشرة آلاف درهم ) وقال مالك والشافعي اثنى عشر الف درهم لما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي عليه السلام ديته اثنى عشر الف درهم رواه ابو داود والترمذي ولنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلناه اولى للتيقن به لانه اقل ونحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضى الله تعالى عنه على ما حكاه الحمازي فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه السلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة اى العشرة منها وزن عشرة دنانير فيكون الواحد قدر دينار والثاني وزن ستة اى العشرة منها وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اى العشرة منها وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضى الله تعالى عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلث دراهم فصار ثلث المجموع وتمامه في التبيين فليراجع ( ومن الابل مائة ) قيمة كل ابل مائة درهم حال كونها ( اخماسا ابن مخاض ) ذكر وبنت مخاض ( وبنت لبون وحقة وجذعة من كل ) واحد منها ( عشرون ) لما روى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ان النبي عليه السلام قال في دية الخطاء عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض رواه ابو داود والترمذي واحمد والشافعي اخذ بمذهبنا

غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه ( ولادية من غير هذه الاموال ) اى من النقدين والابل عند الامام لان مالية غيرها مجهولة فلا يجوز التقدير واما التقدير فمعروف بالآثار المشهورة ( وقالا منها ) اى من هذه الانواع ( ومن البقر ايضا مائتا بقرة ) قيمة كل بقرة خمسون ( ومن الغنم الفا شاة ) كل شاة خمس ( ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ) اى ازار ورداء قيمة كل حلة خمسون لان عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها ( وكفارة شبه العمد والخطاء ) وماجرى مجرى الخطاء ( عتق ) اى اعتاق ( رقبة مؤمنة فان عجز ) عن الاعتاق ( فصيام شهرين متتابعين ) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وشبه العمد خطاء فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية ( ولااطعام فيها ) اى فى هذه الكفارة لعدم ورود النص به والمقادير لاتجب الاسماعا ( وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم ) للكفارة لانه يكون مؤمنا بالتبعية لقوله عليه السلام والولد يتبع خيرا لابوين دينا ولايقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة اطرافه حتى اجاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لايصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولاكذلك فى الاتلاف فافترقا ( لا ) اعتاق ( الجنين ) لانه لم تعرف حيوته ولاسلامته بعد ( و ) الدية ( للمرأة فى النفس ومادونها نصف ما للرجل ) روى ذلك عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى لاينتصف الثلث ومادونه يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالمرأة والرجل فيه سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل ( و ) يجب ( للذمى مثل ما للمسلم ) فى النفس والاطراف عندنا لقوله عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار ولتساويهما فى الحيوة والعصمة وكذا حكم المستأمن لماروى انه عليه السلام جعل ديته كالذمى وعند الشافعى دية الكتابى دية ثلث المسلم وهى اربعة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده اثنى عشر الف درهم كما ذكر ودية المجوسى خمس ثلث دية المسلم وهو ثمانمائة درهم وعند مالك دية الكتابى نصف دية المسلم وهو ستة آلاف درهم اذ دية المسلم عنده ايضا اثنى عشر الف درهم

( فصل )

( فى النفس الدية ) انما ذكر دية النفس فى اول هذا الفصل مع انه معقود لبيان

استعماله بعد الشيخوخة وهو المراد والاشتراك فيه مدة لما روينا ولتفويت الجمال
الحديث وهو قوله عليه السلام في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية
الحديث فيه (وكذا في المارن) وهو مالان من الانف الدية (و) كذا (في اللسان)
الدية (ان منع النطق) لتفويت منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع
بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون
البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق
باللسان وهي ستة عشر حرفا التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء
والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء
فما اصاب الفائت يلزمه وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف تجب حكومة
عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية
لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام ولهذا قال (او) منع
(اداء اكثر الحروف) لتفويت منفعة الافهام (و) في (الصلب) الدية (ان منع
الجماع) وقطع الماء (وفي الافضاء) الدية (اذا منع استمساك البول) لانه من
حبس الدفع (وفي الذكر) الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطء والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة
وفي الانثيين الدية وان قطع الذكر من اصله ان خطأ فدية وان عمدا اختلف اصحابنا
وفي المنتقى لا قصاص فيه قالوا وهو قول محمد وعن الثاني ان في الحشفة القصاص
واذا قطع بعضها فلا قصاص (وفي حشفته) اي حشفة الذكر الدية لانها
اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها (وفي العقل) الدية
اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان بالعقل يمتاز عن غيره
من الحيوان وبه ينتفع في معاشه ومعاده (وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي
الذوق) يعني في كل منها الدية كاملة لان لكل واحد منها منفعة مقصودة
وقد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة
واحدة وقعت على رأسه فذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف
لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه منكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل
عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين
حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم انها باقية
والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب
فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل ثم ينادي فان اجاب علم انه
لم يذهب وان لم يجب فهو ذاهب وروي عن اسماعيل بن حماد ان امرأة ادعت
انها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها

لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر كذبها
( وفى اللحية ان لم ينبت ) الدية ( و ) كذلك ( فى شعر الرأس ) الدية ان لم ينبت
يعنى اذا حلق اللحية او الرأس ولم ينبت الشعر فيجب الدية فى كل واحد منهما
لأنه ازال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى لاتجب فيه الدية وتجب
حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا ينمو بعد كمال الخلق ولهذا يحلق
الرأس واللحية فى بعض البلاد فلا تتعلق بهما الدية كشعر الصدر والساق
اذ لا تتعلق به منفعة ولنا قول على رضى الله تعالى عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت
الدية كاملة والموقوف فى مثل هذا كالمرفوع لانه من المقادير ولا يهتدى اليه
بالرأى واما لحية العبد فقد روى الحسن عن الامام انه يجب فيه كمال القيمة
ولا يلزمنا والجواب ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت
بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى
الشارب حكومة عدل وانما وجب فيه حكومة عدل لانه تابع اللحية وفى هذا
التعليل اشارة الى ان الواجب فى بعض اللحية حكومة عدل اذا كان دون
النصف اما اذا كان النصف فالواجب به نصف الدية كما فى البزازية وذكر الفضلى
نتف لحيته ينظر الى الذاهب والى الباقى فيجب بحسابه واذا نبت بعض اللحية
فحكومة عدل انتهى ( وكذا الحاجبان ) يجب فيهما الدية وفى احدهما نصف
الدية خلافا للشافعى ومالك فانه يجب عندهما حكومة عدل ( و ) كذا
( الاهداب ) لانه يفوت بها الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو دفع
القذى عن العينين ( وفى العينين ) الدية لان جنس المنفعة يفوت بفوتهما
( وفى الاذنين و الشفتين وفى ثدى المرأة ) انما قيد بثدى المرأة لان فيه تفويت
منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة ولا الجمال
على الكمال فيجب فيه حكومة عدل و فى حلمتى المرأة كمال الدية
وفى احديهما نصف الدية ( وفى اليدين وفى الرجلين وفى اشفار العينين ) جمع
شفر وهو منبت الاهداب من طرف الجفن اخذ من شفر الوادى وانما وجبت
الدية فيه ذكر لفوات الجمال والمنفعة ( وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن )
كالاذن والشفة واليد والرجل مثلا ( نصف الدية ) لان النبى عليه السلام
كتب لعمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه وفى العينين كل الدية وفى احدهما نصف
الدية ولان فى تفويت الاثنين تفويت جنس المنفعة وكمال الجمال فيجب كل
الدية وفى تفويت احديهما تفويت النصف فيجب نصف الدية ( وفى ) كل
واحد ( مما هو اربعة ) من البدن ( ربعها ) اى ربع الدية كالاشفار ( وفى كل
اصبع من يد او رجل عشرها ) لقوله عليه السلام فى كل اصبع عشر من الابل

(وفى كل مفصل منها) اى من الاصابع (مماديه مفصلان) كالابهام (نصف عشرها) اى نصف عشر الدية (ومافيه ثلاثة مفاصل) كباقى الاصابع فى كل مفصل (ثلثه) اى ثلث عشر الدية تنقسم عشر الدية على المفاصل كانقسام دية اليد على الاصابع (وفى كل سن نصف عشرها) وهو خمس من الابل لقوله عليه السلام وفى كل سن خمس من الابل ومن الدراهم خمسمائة درهم (وكل عضو ذهب نفعه ففيه) اى فى ذلك العضو (دية وان كان قائما كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) بالضرب لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولاعبرة للصورة بلا منفعة لكونها تابعة ولا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كالاذن اليد التى خلت عن البطش ففيها حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة كذا فى التبيين

## (فصل)

(لاقود فى الشجاج) فصل احكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسما وحكما وانما لم يجب القود فيه لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان مادون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولاقصاص فيه لقوله عليه السلام لاقصاص فى العظم هذه رواية الحسن عن الامام وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة (الا فى الموضحة ان كانت عمدا) بالاتفاق لما روى انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم ولانه يمكن ان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ماقطع فيتساويان فيتحقق القصاص (وفيها) اى فى الموضحة خطأ (نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم ان النبى عليه السلام قال فى الموضحة خمس من الابل (وهى) اى الموضحة الشجة (التى توضح العظم) اى تبينه (وفى الهاشمة) خبر مقدم للمبتدأ الآتى وهو قوله عشرها (وهى) اى الهاشمة الشجة (التى تهشم العظم) اى تكسرها (عشرها) اى عشر الدية لقوله عليه السلام وفى الهاشمة عشر من الابل (وفى المنقلة وهى التى تنقل العظم) اى تحوله بعد الكسر (عشره) اى عشر الدية (ونصفه) اى نصف عشرها فيكون خمسة عشر من الابل لقوله عليه السلام وفى المنقلة خمسة عشر من الابل (وفى الآمة وهى) الشجة (التى تصل الى ام الدماغ) وهى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ (ثلثها) اى ثلث الدية لما روى انه

عليه السلام قال وفى الآمة ويروى وفى المأمومة ثلث الدية (وكذا فى الجائفة) اى يجب ثلث الدية فى الجائفة ايضا (وهى الجراحة التى تصل الى الجوف فان نفذت) اى الجائفة الى الجانب الآخر (فهما جائفتان ويجب ثلثاها) اى ثلثا الدية لماروى عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى كل من الحارصة) بالحاء والراء والصاد المهملات (وهى التى تشق الجلد) ولاتخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة (وهى التى يخرج منه) اى من المجروح (مايشبه الدمع) يعنى تظهر الدم ولاتسيله بل تجمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية وهى التى تسيل الدم) وفى القهستانى نقلا عن الذخيرة الدامعة على ماذكره الطحاوى شجة تسيل الدم وعلى ماذكره شيخ الاسلام مايسيله اكثر مما يكون فى الدامية فالدامية على ماذكره مايدمى الجلد سواء كان سائلا اوغير سائل وعلى ماذكره الطحاوى مايدميه ولايسيله وفى الظهيرية هى مايدميه من غير ان يسيله وهو الصحيح والدامعة مايسيله كدمع العين (والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة (وهى التى تبضع الجلد) اى تقطعه مأخوذ من البضع وهو القطع (والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم) وتقطعه بعد قطع الجلد من تلاحم اى التأم وتلاصق سميت بذلك تفؤلا كما سمى اللديغ سليما (والسمحاق) بكسر السين المهملة وسكون الميم والحاء المهملة (وهى جلدة) رقيقة (فوق العظم) تحت اللحم (تصل اليها) اى الى تلك الجلدة الرقيقة (الشجة حكومة عدل) بالاجماع مبتدأ مؤخر خبره ماتقدم من قوله وفى كل من الحارصة الى اخر ماذكر وسيأتى تفسير حكومة عدل وانما وجبت لانه ليس فى كل منها ارش مقدر شرعا ولايمكن الاهدار فوجب الاعتبار بحكم العدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز (وعن محمد فيها) اى فيما ذكر من انواع الشجاج (القصاص) اذا كان عمدا (كالموضحة) وقد تقدم انها ظاهر الرواية فى اول الفصل والشجاج تختص بالوجه والرأس والجائفة بالجوف والجنب والظهر وما كان فى غيرهما يسمى جراحة لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو فى الرأس والوجه ولهذا قال (وماسوى ذلك) اى مافى الوجه والرأس والجوف والجنب والظهر (جراحات) وفى الهداية واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما مافيه ارش مقدر لايجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من

غيرها وقد يقضى بمعنى الواجب ايضا (وفيها) اى فى الجراحات (حكومة
عدل وهى) اى حكومة العدل على ما قاله الطحاوى (ان يقوم) المجروح
(مملوكا بدون هذا الاثر ومعه) اى مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
(فقدر ما ينقص من قيمته وجب بنسبته من ديته) مثلا يفرض ان هذا الحر عبد
وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومع ذلك الاثر تسعمائة فالنقصان بينهما مائة
درهم وهو عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهى عشرة آلاف
درهم وعشرها الف درهم فهو حكومة عدل (وبه يفتى) اى بما ذكر من هذا
التفسير لحكومة العدل وقيد يفتى احترازا عما ذكره الكرخى وهو ان ينظر مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص
فيه يرد الى المنصوص عليه قيل قول الكرخى اصح مما قاله الطحاوى لان عليا
رضى الله تعالى عنه اعتبر بهذا الطريق فى قطع طرف لسانه (وفى قطع
اصابع اليد) الواحدة (وحدها او مع الكف نصف الدية) لان الارش
لا يزيد بسبب الكف لانها تابعة بل الواجب فى كل اصبع عشر من الابل
فكان فى الخمس خمسين وهو نصف الدية (و) فى قطع الاصابع (مع نصف
الساعد نصف الدية وحكومة عدل) وهو رواية عن ابى يوسف وعنه ان ما زاد
على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب
فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على
تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون
الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه لان يكون تبعا للاصابع
لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع
كذا فى الهداية (وفى قطع كف فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها اصبعان
خمسها ولا شئ فى الكف) وهذا عند الامام لان الاصابع اصل حقيقة
لان منفعة اليد وهى القبض والبسط والبطش قائمة بها وكذا حكما لانه عليه
السلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب فى اليد نصف الدية وجعل
فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة اصابع كل
الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض
حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما
اولى من الترجيح بالكثرة (وعندهما يجب الاكثر) من ارش الكف ودية
الاصبع والاصبعين (ويدخل الاقل فيه) اى فى الاكثر لانه لا وجه الى الجمع بين
الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل
من وجه فرجحنا بالكثرة (وان كان (فيها) اى فى الكف (ثلاث اصابع

فدية الاصابع الثلاثة ولا شئ في الكف اجماعا لان الاصابع اصول والاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة (وهي) اي دية هذه الاصابع الثلاثة (ثلاثة اعشار) الدية (اجماعا) يعني لزوم دية الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه (وفي الاصبع الزائدة حكومة) اي حكومة عدل تشريفا الآدمي لانها جزء الآدمي ولكن لامنفعة فيها ولازينة (وكذا) اي يلزم (في الشارب حكومة عدل) في الصحيح لانه تابع اللحية فصار طرفا من اطراف اللحية (ولحية الكوسج) اي يلزم فيها حكومة عدل قال الزيلعي بخلاف لحية الكوسج حيث لايجب فيها شئ لان اللحية لايبقى فيها اثر الحلق ولايلحقها الشين بالحلق بل يزيده الشعرات بحلقه ذلك فيكون انظر من قلم ظفر غيره بغير اذنه (و) يجب (في ثدي الرجل) حكومة عدل (و) كذا (في ذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء) فانه لايجب في هذه الاشياء الدية لعدم فوات جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب فيها حكومة العدل تشريفا للآدمي لانها اجزاء منه وقال الشافعي يجب دية كاملة في ذكر الخصي والعنين لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة وهي الايلاج والانزال والاحبال هي المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لايجب فيها الدية كالعين القائمة بلاضوء واليد الشلاء (وكذا) تجب حكومة عدل (في عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك) اي صحة كل منها (بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه) لان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لايجب الارش الكامل بالشك والظاهر لايصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت وان علمت الصحة فيه بما ذكره فحكمه حكم البالغ في العمد والخطاء (وان شج) رجل (رجلا) موضحة (فذهب عقله اوشعر رأسه) ولم ينبت (دخل ارش الموضحة في الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لاينتفع بدونه فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كمن قطع اصبع رجل فشلت به يده كلها (وان ذهب سمعه اوبصره اوكلامه لايدخل) ارش الموضحة في الدية لان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء كما مر هذا عند الطرفين وعند ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والنطق ولاتدخل في دية البصر قيل هذا اذا كان خطاء

واما اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهبت من ذلك سمعه وبصره فلا قصاص في شيء من ذلك عند الامام ولكن تجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر وعندهما يجب القصاص في الشجة وتجب الدية في السمع والبصر ( وان ذهبت عيناه ) اي بالموضحة ( عيناه ) فلا قصاص ( وتجب ارشها ) اي ارش الشجة ( وارش العينين ) عند الامام ( وعندهما ) تجب ( القصاص في الموضحة والدية في العينين ) والاصل في ذلك عنده ان الفعل اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب ( ولا قصاص في اصبع قطعت فشلت اخرى جنبها ) بل يجب الارش عند الامام لان القصاص غير واجب لعدم المماثلة لان قطع الثاني على وجه توجب شلل الاخرى غير ممكن ( وعندهما ) وهو قول زفر والحسن ( يقتص في المقطوعة وتجب الدية في الاخرى ) التي شلت لان القصاص واجب بالنصوص ( ولو قطع مفصلها ) اي مفصل الاصبع ( الاعلى فشل ما بقي ) من المفصل كما في الرمز شرح الكنز وقول صاحب الهداية وغيره فشلت ما بقي من الاصبع محل تأمل تدبر ( فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة ) اي حكومة عدل ( فيما شل ) وانما وجبت الدية لانه مقدر شرعا وتلزم الحكومة فيما بقي لانتفاء تقدير الشرع فيه ( ولا ) قصاص ( او كسر نصف سن فاسود باقيها بل ) تجب ( دية السن ) كلها ( وكذا لو احمر ) باقيها ( او اخضر او اصفر ) الاصل في هذا عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض اسقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا ( ولو اسودت كلها بضرب به وهي ) اي السن ( قائمة فالدية في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ) ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجني عليه ان يضرب ضربا يسوده بل تجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ( ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها ) عند الامام لان الجناية قد زالت معنى لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانتفت المنفعة والازينة ( خلافا لهما ) لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما اتلف مال انسان فحصل للمتلف مثله مال اخر ( وفي سن الصبي يسقط اجماعا ) لان سن الصبي لا تستقر في مكانها فوجودها كعدمها فلم يعد قلعها جناية وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ( وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها ) اي السن ( فنبت عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا ) وعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وقال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد الثبات

في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلاشئ عليه (وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت) يعني يجب على القالع ارشها لانها لاتعود الى ما كانت عليه (ومن قلعت سنه فاقتص من قالعه ثم نبتت) اى نبت مكانها اخرى (فعليه دية سن المقتص منه) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية (ويستأنى في اقتصاص السن واقتصاص الموضحة حولا) الاستئناء الانتظار كما في المغرب (وكذا لو ضرب سنه فتحركت فلو اجله القاضي فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا) في سبب سقوطها (فان قبل مضى السنة فالقول للمضروب وان بعد مضيها) فالقول (للضارب) وفي المنح ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لاتورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للسن ولم تسقط فلاشئ على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لذهاب الجمال ولا يجب القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس وبين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل اذا لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لاتوجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة (ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اثر يسقط الارش) عند الامام (وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل) لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل (وعند محمد) عليه (اجرة الطبيب) لان ذلك لزمه بفعله وكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفسر في شرح الطحاوي قول ابي يوسف عليه الارش باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لاخلاف بين ابي يوسف ومحمد وللامام ان الموجب الاصلي هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لاتتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او شبهه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لايوجب شيئا لانه لاقيمة له (وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره) فهو على

الاختلاف في المذكور في سقوط الارش عند الامام ووجوب الارش عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد ( وان بقى ) اثره ( فحكومة عدل بالاجماع ) وقيد المسئلة بقوله اوجرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح في الابتداء لايجب شئ بالاتفاق كذا في النهاية ( ولا قصاص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء ) وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ماروى عنه عليه السلام انه نهى ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدار قطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان تسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء ( وكل عمد سقط فيه القود بشبهة كقتل الاب ابنه فالدية فيه في مال القاتل ) لما روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ( وعمد الصبي والمجنون خطأ ودية على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث ) وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح ولما روى ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله تعالى عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولانه لا تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم كما في الهداية ( والمعتوه كالمجنون ) في لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة وعدم الحرمان عن الارث

( فصل )

في الجنين ( ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم ) وانما سميت الغرة غرة لانها اول المقادير في الديات واول الشئ اوله في الوجود ولهذا يسمى اول الشهر غرة لانه اول شئ يظهر منه كما في التبيين ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم سواء كان ذكرا او انثى وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة والقياس ان لايجب شئ في الجنين لانه لم يتيقن بحيوته وانما وجب استحسانا لما روى ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس

ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح
ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة درهم ويجب في
السنة وقال الشافعي في ثلاث سنين (فان القته) اي الجنين (حيا فمات فدية)
اي فعليه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق (وان) القت (ميتا)
سواء كان الجنين ذكرا او انثى (فماتت الام فغرة) للجنين (ودية) للام لانه جنى
جنايتين فيجب عليه موجبهما فصار كما اذا رمى شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله
فانه يجب عليه ديتان ان كان خطأ وان كان عمدا يجب القصاص والدية كما في
التبيين (وان ماتت) الام (فالقته) اي الجنين (حيا فمات) الجنين (فديتها)
اي تجب دية الام (وديته) اي دية الجنين لانه قاتل شخصين (وان) ماتت
الام بالضرب ثم القت الجنين (ميتا فديتها) اي دية الام (فقط) ولا شيء
في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار
كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها
اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك (وما يجب في الجنين يورث عنه)
لانه بدل نفسه (ولا يرث منه الضارب) لكونه قاتلا مباشرا ظلما ولا ميراث
للقاتل بهذه الصفة (وفي جنين الامة نصف عشر قيمته) اي الرقيق (لو ذكرا
وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء
من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين
الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف
لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفس الجنين فيقدر بها (وعند ابي يوسف ان نقصت الام ضمن نقصانها
والا فلا ضمان) اي قال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام بالقائها
الجنين اعتبارا بجنين البهائم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده فجاز
الاعتبار على اصله (فان ضربت) اي الامة (فحرر سيدها حملها فالقته حيا
فمات تجب قيمته) حيا (لا ديته) لان الحكم يترتب على سببه وسبب القتل هنا
الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيا اذ السبب وقع في حالة الرق
وقد مر ان العبرة بحالة الرمي لا الوصول فلا تجب الدية (ولا كفارة في) اتلاف
(الجنين) لان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء
من وجه فلم يكن مورد النص ولا في معناه من كل وجه ولذا لم يجب فيه دية كاملة
وان تبرع بها احتياطا فهو افضل لارتكابه محظورا وقال الشافعي تجب
الكفارة لانه نفس من وجه فالاتلاف النفس يوجب الكفارة لما فيها من معنى العبادة
والاستغفار ثم شرع (و) الجنين (المستبين بعض خلقه كتام الخلق) اي الجنين

الذي اصاب بعض جاهد كالحصى الماء في جميع ما ذكر من الاحكام (وان شربت دواء او عالجت) بوجه ا (اطرح جنينها) حتى طرحته (فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن زوج) لانها العمد تعديه فيجب عليها ضمانه وتحمل ة بها العاقلة (وان) فعلت ذلك (باذنه فلا) تجب الغرة عاقلتها اذ لم يوجد منها التعدي بسبب استيذانها والله اعلم

## (باب ما يحدث في الطريق)

لما فرغ من احكام القتل مباشرة شرع بذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثره وقوعه (من احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا الجرصن قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه وقيل ... في ماء ركب في الحائط وهو بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد المهملة (او دكانا وسعه ذلك ان لم اضر بهم) اي بالعامة لان الطريق معد للطرق فله الانتفاع ما لم يتضرر العامة به واما عند ذلك فلقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار في الاسلام فاتحقق عند الضرر أثم باحداثه (ولكل منهم) اي من العامة (رفعه) ومطالبته بالنقض لان كل واحد منهم له حق المرور بنفسه ودوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين فلا ينقض كذا روي عن محمد وتفصيل الكلام في هذا المقام انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا وهل لاحد الخصومة في منعه من الاحداث وفي رفعه بعده وهل يضمن شيئا تلف بسبب الاحداث اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر اهل الطريق فليس له ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز واما الخصومة فقد قال الامام لكل احد مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع اضر او لم يضر ان كان الوضع بغير اذن الامام لان التدبير في امور العامة مفوض الى رأي الامام وعن ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له ان يكلفه الرفع بعد الوضع وعن محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له في احداثه شرعا واما الضمان بالاتلاف فسيأتي بعضه مشروحا (وفي الطريق الخاص لا يبنى الا باذن الشركاء ولم يضر) لانه مملوك لهم ولهذا وجب الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم بخلاف العام فانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز له

الانتفاع به مالم يضر باحد (وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه فيهما) كما لو حفر بئرا فى طريق خاص اوعام اووضع حجرا فيه فتلف به انسان فتجب على العاقلة ديته لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداثه (وكذا لو عثر بنقضه انسان) فتجب الدية على العاقلة لما ذكر من التسبب (وان وقع العاثر على آخر فماتا فالضمان على من احدثه) يعنى اذا مات العاثر والآخر الذى مات بوقوعه عليهما فضمان ديتهما على المحدث فى الطريق مابه الاتلاف لانه بمنزلة الدافع فكانه دفعه بيده على غيره ولاضمان على الذى عثر لانه مدفوع فى هذه الحالة فكان كالآلة (وان اصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلاضمان وان) اصابه (الطرف الخارج ضمن) يعنى اذا سقط عليه طرف الميزاب فقتله ينظر ان كان ذلك الطرف متمكنا فى الحائط فلاضمان على صاحب الميزاب لانه غير متعد فيه لمانه وضعه فى ملكه وان كان الذى اصابه هو الطرف الخارج من الحائط ضمن الذى وضعه لكونه متعديا فيه ولاضرورة لانه يمكن ان يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولايحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولواصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان فانه يضمن النصف اعتبارا بالاحوال لانه يضمن فى حال ولايضمن فى حال فيتوزع الضمان على الاحوال لان فيه النظر من الجانبين (كمن حفر بئرا ووضع حجرا فى الطريق فتلف به انسان) قوله فى الطريق متعلق بحفر و وضع على التنازع وقوله فتلف به انسان اى يضمن الدية عاقلته يعنى كما ان من حفر بئرا او وضع حجرا فى طريق فتلف به انسان تكون ديته على عاقلة الحافر اوالواضع فكذا تجب الدية على عاقلة من تسبب لتلف انسان بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب والجرصن والدكان (وان تلف به بهيمة فضمانها فى ماله) اى اذا تلف بالحفر اوالوضع اوالسقوط بهيمة فضمان تلك البهيمة فى مال المتسبب ذكر اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن واما عدم تضمين العاقلة فلان العاقلة لاتحمل ضمان المال وانما تحمل ضمان النفس (والقاء التراب واتخاذ الطين) فى الطريق (كوضع الحجر) فى وجوب الضمان لان كل ذلك تسبب بنوع من التعدى (وهذا) اى وجوب الضمان (اذا فعله) اى جميع ما ذكر (بلا اذن الامام) فانه يضمن او جود التعدى (فان فعل شيئا من ذلك باذنه) اى الامام (فلا ضمان) لانه غير متعد حيث فعل مافعل بامر من له الولاية فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره اوبالافتيات على رأى الامام كما فى الهداية والافتيات الاستبداد بالرأى كما فى المغرب وكذا لو حفر فى ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذلك اذا حفر فى فناء داره لانله ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه

وقيل هذا اذا كان الماء قليلا فلو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعمد (ولو مات
اى الواقع فى البئر جوعا او غما فلا ضمان على حافره وان) وصلية حفر (بلا اذن
الامام) لانه مات بفعل نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات
من الوقوع (وعند محمد عليه الضمان) فى الوجوه كلها لان ذلك حصل بسبب
الوقوع فى البئر ولولا ذلك لما مات جوعا ولا غما (وكذا عند ابى يوسف)
عليه الضمان (فى الغم لا فى الجوع) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه
واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر (وان وضع حجرا فنحاه آخر فضمان
ما عطب به على الثانى) لان فعل الاول قد انفسخ وكان الضمان على الذى نحاه
لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل الثانى موضع آخر (ولو اشرع) اى اخرج
(جناحا) الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن ثم قال الروشن الكوة
وقال فى المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية الروشن هو الخشبة
الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور وقال صدر الشريعة اشراع
الجناح اخراج الجذوع الى الطريق وهو المناسب ان يراد هنا (ثم باعها)
اى الدار (فضمان ما اصابه) اى بالجناح (عليه) اى على البائع لان فعله
وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه عنه (وكذا لو وضع خشبة فى الطريق
ثم باعها) اى الخشبة (وبرئ) البائع (الى المشترى) متعلق ببرئ على تضمين
معنى الانتهاء كانتهى احمد الله اليك (منها) اى من الخشبة (فتركها) اى الخشبة
(المشترى فضمان ما تلف بها) اى بالخشبة (على البائع) ايضا لان فعله
وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو اعنى الوضع موجب للضمان
(ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق) ذلك الجمر (شيئا ضمنه) اى يضمن الواضع
ما احرقه لانه متعد فى ذلك الوضع (ولو احرق بعد ما حركته) اى الجمر (الريح
الى موضع) آخر (لا يضمن) لنسخ الريح فعله (ان كانت) اى الريح
(ساكنة عند وضعه) اى الجمر وفى النهاية لو حركت الريح عين الجمر وانما قيده
لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا ذهبت بشررها فاحرقت شيئا فان الضمان عليه
فى ذلك لان الريح اذا ذهبت بشررها ولم تذهب بعينها فالعين باقية فى مكانها
وكانت الجناية باقية فيكون الضمان عليه وقد مر ذلك مفصلا وقيل اذا كان
اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار السرخسى وكان الحلوانى لا يقول بالضمان من
غير تفصيل (ويضمن من حمل شيئا فى الطريق ما اتلف بسقوطه) اى المحمول
(منه) اى من الحامل يعنى من حمل شيئا فى الطريق فسقط المحمول على
انسان او غيره فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على
ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف او الصيد

(وكذا) يضمن (من ادخل حصيرا) او قنديلا (او حصاة الى مسجد غيره) اى غير حيه (بلا اذن فعطب به احد) هذا عند الامام لان تدبير امور المسجد مسلم الى اهله دون غيره فيكون فعل الغير تعديا او مقيدا بشرط السلامة فقصد القربة والخير لاينا فى الغرامة اذا اخطأ الطريق (خلافا لهما) لان عندهما لا يضمن لان القربة لاتتقيد بشرط السلامة (ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه لايضمن اجماعا) لان هذه من القرب وكل واحد مأذون فى اقامة ذلك فلا يتقيد بشرط السلامة فكان ما فعلهم مباحا مطلقا (وكذا) لايضمن (ان تلف شئ بسقوط رداء هو لابسه) اذ اللابس لايقصد حفظ ما لبسه فيقع الحرج بالتقييد بوصف السلامة وعند محمد اذا لبس ما لايلبس عادة كدروع الحرب والجوالق فسقط على انسان فتلف يضمن لان هذا اللبس بمنزلة الحمل وفى الحمل يضمن (ومن جلس فى المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه) عند الامام (خلافا لهما) فانهما قالا لايضمن على كل حال والى هذا اشار بقوله (ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلوة او للتعليم او بقراءة القرآن او نام فيه فى اثناء الصلوة وبين ان مر فيه لحاجة) من الحوائج (او يقعد للحديث) وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان المسجد انما بنى للصلوة والذكر ولايمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وللامام ان المسجد بنى للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهر التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر والى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب الامام ان الجالس للانتظار لايضمن وانما الخلاف فى عمل لايكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث (ولا) فرق ايضا (بين مسجد حيه وغيره) فى الصحيح (اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لايضمن بلا خلاف) وذكر الفقيه ابو جعفر سمعت ابا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن او معتكفا لايضمن بالاجماع كما فى المنح (وفى الجالس مصليا لايضمن اجماعا وان كان) الجالس (من غير اهله) لان المسجد بنى للصلوة فلا يكون متعديا بذلك (ولو استأجر رب الدار عملة) جمع عامل (لاخراج الجناح او الظلة) من الدار (فتلف به) اى بالاخراج شئ (فالضمان عليهم) ان كان التلف (قبل فراغ عملهم) لان التلف بفعلهم

ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان) كان التلف (بعده) اى بعد فراغ عمله (فعليه) اى الضمان يكون على المستاجر استحسانا لانه صح الاستيجار حتى او استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (ويضمن من صب الماء فى الطريق العام ما عطب به) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (وكذا اذا رشه) اى رش الماء (بحيث يزلق فيه) من يمشى عليه (او توضأ به) اى بالماء فى الطريق (واستوعب) الماء (الطريق) فعطب به احد لما سبق انه متعد فى ذلك الفعل بالحاق الضرر بالمارة (وان فعل شيئا من ذلك) المذكور من الصب والرش والوضوء (فى سكة غير نافذة وهو) اى الفاعل (من اهلها) اى من اهل تلك السكة (او قعد فيها) اى فى تلك السكة (او وضع متاعه فيها لا يضمن) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة فانه يجوز لكل واحد من الشركاء ان يفعل فيها ما هو من ضرورة السكنى (وكذا) لا يضمن (ان رش ما لا يزلق به عادة او) توضأ به و (استوعب) الماء (بعض الطريق) لا كله (فتعمد المار المرور عليه) اى على بعض الطريق الذى فيه الماء مع امكان ان لا يمر عليه لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا لم يعلم فوقع من غير علم بان كان المرور ليلا او كان المار اعمى فانه يضمن (ووضع الخشبة فى الطريق كالرش فى استيعاب الطريق وعدمه) يعنى اذا استوعبت الخشبة الطريق يضمن وان لم تستوعبه لا يضمن وفى المنح ولو حفر فى مفازة اونحوها من الطريق فى غير الامصار اوضرب فسطاطا او نصب تنورا او ربط دابة لم يضمن كما فى منية الفقهاء وفيه حفر بئرا فى طريق مكة او غيره من الفيافى لم يضمن بخلاف الامصار دون الفيافى والصحارى لانه لا يمكن العدول عنه فى الامصار دون الصحارى (وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا كما لو استأجره) اى الاجير (ليبنى له فى فناء حانوته فتلف به شئ بعد فراغه) فانه يجب الضمان على الآمر دون الاجير (ولو كان امره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر (ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه) وفى الكافى وان استأجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فانه يضمن الآمر استحسانا ولو امره بالبناء فى وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف البناء لانه لا يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك فى فنائه اذا كان لا يتضرر به

غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان البناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة ولو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه ما احدث في الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم التراب ولا يكون هو متعديا في هذا التسبب (ولو جمع الكناسة في الطريق ضمن ما تلف بهما) اى بالكناسة لتعديه بموضع شغله الطريق (ولا ضمان في ما تلف بشئ فعل في الملك) لانه مأذون فيه شرعا فلا يكون متعديا (او في فناء) عطف على تلف (له) اى للمالك (فيه) اى في ذلك الفناء حق التصرف بان لم يكن للعامة ولا مشتركا (لاهل سكة غير نافذة) لان ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وفي الهداية اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد لفعله في غير ملكه (وان استأجر من حفر له في غير فنائه فالضمان على المستأجر) لا على الاجير (ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه) لان الاجير يعمل له ولهذا يستوجب عليه وقد صار مغرورا من جهته حيث لم يعلمه ان ذلك ليس من فنائه وانما حفر اعتمادا على امره فلدفع ضرر الغرور نقل فعله الى الآخر (وان علم) الاجير انه غير فنائه (فعلى الاجير) اى يجب الضمان على الاجير لم يصح امره لانه لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمه بذلك فبقى مضافا اليه (وان قال) المستأجر (هو فنائي وليس لي فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا) لعلمه بفساد الامر فلم يوجد الغرور (وعلى المستأجر استحسانا) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمن سواء قال له انه لي اولم يقل لعلمه بفساد امره (ومن بنى قنطرة) اى على نهر كبير (بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها) اى على تلك القنطرة (فعطب فلا ضمان على الباني) لانه اذا تعمد المرور وكان بصيرا او يجد موضعا آخر للمرور صار كانه اتلف نفسه فنسب التلف اليه دون المسبب فاذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام اما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن

## (فصل في الحائط المائل)

لما ذكر احكام مسائل القتل التي تتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع في بيان احكام القتل المتعلقة بالجماد (ان مال حائط الى طريق العامة فطولب ربه) اى رب الحائط بنقضه من مسلم او ذمي) رجل او امرأة حر او مكاتب

لان الناس فى المرور شركاء فيصح التقدم اليه من كل
واحد منهم (واشهد عليه) اى يقول اشهدوا ان هذا الحائط مخوف او مائل فانقضه
حتى لا يسقط او اهدمه فانه مائل والاشهاد بعد الطلب ليس بشرط فيكون
ذكر الاشهاد فيه لذكر ليتمكن من اثبات الطلب عند الانكار فكان
من قبيل الاحتياط وهذا الانسب وحد معنى الاشهاد اذا وقع الطلب عند الشهود
لا معنى الاشهاد بلفظ اشهدوا وتدل عليه عبارة الاشهاد وفى المنح او قال
اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صحيح ايضا ولو قال
ينبغى لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة (فلم ينقضه
فى مدة يمكن نقضه فيها فلم ينقضه) اى بانهدامه (نفس او مال ضمن عاقلته)
اى عاقلة رب الحائط (النفس و) ضمن (هو) اى رب الحائط (المال)
والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعى لانه لم يوجد منه صنع هو متعد فيه
لان البناء كان فى ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل
الاشهاد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق
بحائطه ووقع فى يده هواء المسلمين ورفعه فى يده فاذا طولب بالنقض وتفريغ
الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا كأنه شغله
ابتداء باختياره (وكذا لو طولب به من يملك نقضه كالطفل) الذى وقع
فى عامة النسخ بدون الياء فى ابى لكن الصحيح ان رسم الياء (وابى او وصيه) لقيام
الولاية لهما بالنقض فى حقه (والراهن) فصح التقدم اليه لقدرته على النقض
بفك الرهن وارجاع المرهون الى يده (والعبد التاجر) ولو مديونا لان له ولاية
النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى
عاقلة المولى لو كان له عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق
بالعبد وضمان النفس بالمولى (والمكاتب) لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له
وضمان ما تلف نفسا او مالا فيه حكم ضمان ما تلف فى العبد التاجر (ولا يضمن
ان باعه) اى الحائط ربه (بعد الاشهاد وسلمه الى المشترى فسقط) لانه خرج
عن ملكه بالبيع سواء قبضه المشترى اولا كما فى الدرر وعزاه الى الكافى وليس فى
الهداية لفظ اولا وفى الجوهرة شرط ان يكون بعد القبض حيث قال ولو باع
الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه وفى المنح فان قلت
هل قولهم خرج عن ملكه ببيع قيد اولا قلت ليس بقيد بل غير البيع كذلك
كالهبة ونحوها قال فى الحاوى القدسى اذا اشهد على صاحب الحائط المائل
بالنقض ثم خرج الحائط عن ملكه ببيع او غيره بطل الاشهاد والتقدم حتى اذا عاد
الى ملكه فسقط بعد تمكنه من النقض او قبله لا يجب عليه الضمان بذلك الاشهاد

نتهى ( ولا ) يضمن ( ان طولب به ) اى بالنقض ( من لا يملكه ) اى النقض ( كالمرتهن والمستأجر والمودع ) لانه ليس لهم قدرة على التصرف فلا يفيد طلب النقض منهم ولهذا لا يضمنون ما تلف من سقوطه ( وان بناه ) اى الحائط صاحبه ( مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه كما فى اشراع الجناح ونحوه ) وهو اخراج الجذوع من الجدار الى الطريق والبناء عليه والكنيف لتعديه بالبناء على هذه الكيفية ( فان مال ) اى الحائط ( الى دار رجل فالطلب لربها ) اى لرب الدار لان الطلب حق له ( اوساكنها ) اى ساكن الدار فللساكن ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار وكذا بازالة ما شغل هواءها ( فيصح تأجيله وابراؤه ) اى يصح تأجيل كل من مالك الدار وابراؤه حتى لو سقط بعد مدة الاجل وبعد الابراء وتلف به شئ لا يضمن لان الحق له فيصح تأجيله واسقاطه ( ولا يصح التأجيل فيما مال الى الطريق ) لان الحق لجماعة الناس ( ولو كان ) اى التأجيل ( من القاضى او المشهد ) لانه حق المارة وليس للقاضى ولا للمشهد على صيغة اسم الفاعل ابطال حقهم ( ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد ) على صيغة المفعول ( على احدهم ) اى احد الخمسة ( ضمن خمس ما تلف به ) عند الامام ويكون ذلك على عاقلته وعندهما نصفه ) اى نصف ما تلف به لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فانقسما قسمين ولهذا قالا بضمان النصف كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل حيث يلزم الجارح نصف الدية وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر لان اصله ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية كما فى الهداية ( وان حفر احد ثلثة فى دار هى لهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى حائطا ضمن ثلثى ما تلف به ) عند الامام ( وعندهما ) ضمن ( نصفه ) اى نصف ما تلف به والدليل من الجانبين هو ما ذكر فى مسئلة الشركاء السالفة قبيل هذا

## ( باب جناية البهيمة والجناية عليها )

( يضمن الراكب ) اى فى طريق العامة وانما قيد به لانه لو كان ملكه لا يضمن شيئا لانه غير متعد بخلاف ما اذا كان فى طريق العامة فيضمن للتعدى ( ما وطئت دابته او اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت رجلها

اوصدمت ) والاصل في هذا ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط
السلامة بمنزلة المشي لان الحق في الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف في
حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فالاباحة مقيدة بشرط السلامة وانما يتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا
عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه تتعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع عن المشي
والسير مخافة ان يبتلى بما لا يمكن ان يتحرز عنه والتحرز عن الوطئ والاصابة باليد
اوالرجل والكدم وهو العض بمقدم الاسنان او الخبط وهو الضرب باليد اوالصدم
وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك
واما ما لا يمكن التحرز عنه فهو ما ذكره بقوله ( لا ما نفحت برجلها اوذنبها )
قال في المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اي ضربت بحد حافرها
هذا اذا كانت سائرة ( الا اذا اوقفها ) اي الراكب الدابة في الطريق فانه
يضمن بالنفحة سواء كانت بالرجل او بالذنب لانه يمكنه التحرز عن الايقاف
وان لم يمكنه التحرز عن النفح فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به
( ولا ما عطب بروثها او بولها سائرة او واقفة ) يعني اذا بالت اوراثت في
الطريق وهي تسير فعطب به انسان لا ضمان عليه لانه لا يمكن التحرز عنه
وكذا اذا اوقفها لذلك فلا ضمان لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهو
ايضا مما لا يمكن التحرز عنه فلهذا لا يضمن بذلك سواء كانت سائرة او واقفة
( لاجله ) اي لاجل الروث او البول ( وان اوقفها لا لاجله ) اي لا لاجل الروث
او البول ( ضمن ما عطب به ) اي بالروث او البول لانه يكون متعديا في الايقاف
لانه ليس من ضرورات السير ( فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة
او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ ) اي كل واحد مما ذكر ( عينا ) فذهب
ضوءها ( او افسد ثوبا لا يضمن ) لانه لا يمكنه التحرز عنه فان سير الدابة
لا يعرى عنه ( وان ) كان حجرا ( كبيرا ضمن ) لانه مما يستطاع الامتناع عنه
فسير الدواب ينفك عنه وانما يكون بخرق منه في السير ( ويضمن القائد ما يضمنه
الراكب وكذا السائق في الاصح ) لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها
كيف شاؤا وهو مختار اكثر المشايخ ( وقيل ) قاله القدوري ( يضمن )
اي السائق ( النفحة ايضا ) ولا يضمنها الراكب والقائد قال المرغيناني وذكر
القدوري في مختصره ان السائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد
ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها يعني النفحة لان السائق يرى النفحة فيمكنه
التحرز عنها والقائد لا يراها ولا يخفى ان هذا الفرق غير مؤثر في تمكن الاحتراز
( ولا كفارة عليهما ) اي على السائق والقائد ( ولا حرمان ارث او وصية )

لانهما يختصان بالمباشرة وليسا من احكام التسبيب ولا يخفى انه اوتى بالواو دون او لكان انسب ولعله اتى باو بناء على عدم جواز الوصية للوارث (بخلاف لراكب فيما اوطأته) الدابة (بيدها او برجلها) فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما سببان لانه لا تصل منهما الى المحل شئ (وان اجتمع الراكب والقائد اوالراكب والسائق فالضمان عليهما) اى عند البعض لان كل ذلك سبب للضمان (وقيل على الراكب وحده) دون السائق والقائد لان الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق مسبب فالاضافة الى المباشر اولى (وان اصطدم فارسان خطاء) اى ضرب احدهما الآخر بنفسه (او) اصطدم (ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل) اى كل واحد (دية الآخر) عندنا لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه اوفعل صاحبه اوفعلهما معا لاسبيل الى الاول لان فعله مباح لا يصلح فى حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك فضلا عن ان يصلح فى حق الضمان ولا الى الثالث لان ما يركب من صالح وغير صالح ليس بصالح فتعين الثانى فانه وان كان فعلا مباحا وهو المشى فى الطريق الا انه فى حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك فيصلح ايضا فى حق الضمان وعند زفر والشافعى يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر لان كل واحد عطب بفعله وفعل صاحبه فكان نصفين احدهما معتبر والآخر هدر قيل لوكانا عامدين فى الاصطدام يضمن كل واحد نصف الدية للآخر اتفاقا وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه لتحقق فعل الاصطدام ولو وقع على وجهه فلا شئ على واحد منهما وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر قيل يجب عند الشافعى نصف الدية سواء وقع على قفاه اوظهره او وجهه (وان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا) اى كل واحد منهما (على ظهرهما فهما هدر) لان كل واحد مات بقوة نفسه (وان) وقعا (على وجههما فعلى عاقلة كل) واحد منهما (دية الاخر) لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه (وان اختلفا) اى وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه (فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره) فالذى على القفاء لا دية له (وان قطع آخر الحبل) اى ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفاء (فالدية عليهما على عاقلته) اى عاقلة القاطع لانه مضاف الى فعله فكان سببا (وان سقط دابة وقع سرجها وغيره من ادواتها) كاللجام ونحوه ومايحمل عليها (على انسان فمات ضمن السائق) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد

والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولا يجهد بشرط السلامة
ولانه قاصد بحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد
بشرط السلامة (وكذا) يضمن (قائد قطار ما وطئ بعيره منه) اي من ذلك القطار
(انسانا وضمان النفس على عاقلته و) ضمان (المال في ماله) لان القائد عليه حفظ
القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير في الحفظ
والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان (وان كان مع القائد سائق
فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة
وهذا اذا كان السائق في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن
ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف
السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ولو كان رجل راكبا
على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين
يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها
الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه
فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب
وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشرين كما في التبيين
(فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به) اي بالبعير المربوط (انسان
ضمن عاقلة القائد الدية) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب
قريب لوجود الضمان فلا يسقط الضمان المحقق بجهله (ورجعوا) اي عاقلة
القائد (بها) اي بهذه الدية (على عاقلته) اي عاقلة الرابط قال صدر
الشريعة اقول ينبغي ان يكون في مال الرابط لان الرابط اوقعهم في خسران
المال وهذا مما لا تحمله العاقلة انتهى ويجاب عنه بان الرابط لما كان متعديا فيما صنع
صار في التقدير هو الجاني واذا كان كذلك وجبت الدية على عاقلته فان قيل
ان كل واحد منهما مسبب فكان ينبغي ان يجب الضمان على القائد والرابط
ابتداء اجيب بان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به
دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع على عاقلته قالوا هذا اذا ربط
والقطار يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه
ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون
قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد
ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة
فلا يرجع بما لحقه على احد وتمامه في التبيين والمطالع (ومن ارسل بهيمة او كلبا
وساقه) بان يمشي خلفه فاصاب احدهما مملوكا (ضمن ما اصاب في فوره)

اى فور الارسال بان لايميل يمنة اويسرة لان فعله ينتقل الى المرسل بسوقه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له ( وفى الطير لايضمن وان ساقه ) والفرق ان بدن البهيمة والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لايحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة ( وكذا ) لايضمن ( فى الدابة والكلب اذا لم يسق ) لكون كل واحد من الدابة والكلب مستقلا فى فعله ( او انفلتت ) اى الدابة ( بنفسها ليلا اونهارا فاصابت مالا اونفسا ) لايضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم مايوجب النسبة اليه من الارسال وغيره وفى الهداية اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولوا نعطفت يمنة اويسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد يعنى يحل صيده لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل وهذه الوقفة من الدابة تنافى مقصود المرسل فتقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا ومالا فى فوره حيث لايضمن المرسل وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ماتولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى ولوا رسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق اخر لايضمن وفى الكافى ومن فتح باب قفص وطار الطير اوباب الاصطبل فخرجت الدابة وضلت لايضمن الفاتح لانه اعترض على التسبب فعل فاعل مختار وقال محمد يضمن لان طيران الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فكانه خرج بلا اختيار فيضمن كما او شق زقا فسال مافيه ( ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها ) اى الدابة والنخس الطعن ( فنفحت اوضربت بيدها احدا ) مفعول نفحت وضربت على سبيل التنازع ( اونفرت ) اى الدابة من ضربه او نخسه ( فصدمته ) اى ضربت بنفسها احدا ( فمات ضمن هو ) اى ضارب الدابة اوالناخس ( لاالراكب ان فعل ) اى الضارب اوالناخس ( ذلك ) اى الضرب والنخس ( حال السير ) اى سير الدابة لان الضارب اوالناخس متعد فى تسببه والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى ( وان اوقفها لافى ملكه فعليهما ) اى ان اوقف الدابة راكبها فى غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين وانما قيد بقوله لافى ملكه لانه اذا اوقفها فى ملكه لايضمن الراكب ايضا ( وان نفحت ) الدابة ( الناخس فدمه هدر ) لانه بمنزلة الجانى على نفسه

(وان قتلت) الدابة (الراكب) كان (ضمانه على الناخس) اى على عاقلته لانه متعد فى تسبيبه فتجب الدية على العاقلة (وان فعل ذلك) اى الضرب او النخس (باذن الراكب فهو كفعل الراكب) ولا ضمان عليه فى نفحتها لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها فاذا امر غيره بما يملك مباشرته بفعل فعل المأمور كفعل الآمر (لكن ان وطئت) الدابة (احدا فى فورها) من غير ان تبل عنه او يسرة (بعد النخس بالاذن فديته عليهما) لانه قد تخس الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فى هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لان الحفر شرط وجود علة اخرى وهو الوقوع دون علة الجرح فكذا هذا (ولا يرجع الناخس على الراكب فى الاصح) لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطئ (كما لو امر صبيا يستمسك على دابته بسيرها فوطئت انسانا ومات) ضمن عاقلة الصبى ديته (ولا يرجع عاقلة الصبى بما غرموا من الدية على الآمر) لانه امره لانه بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال فى الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب لانه فى الايطاء فعله بامره فيرجع بما لحقه من العهدة عليه (وكذا لو ناول الصبى سلاحا فقتل به احدا) فانه يضمن ولا يرجع على المناول (وكذا الحكم فى نخسها ومعها قائد او سائق) يعنى من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت فى فورها فالضمان على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه كذا فى الهداية (وان نخسها شئ منصوب فى الطريق فالضمان على من نصبه) لان الناصب متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعل نفسه (ولا فرق بين كون الناخس صبيا او بالغا) لان الصبى كالبالغ يؤاخذ بافعاله فيكون الضمان فى ماله وفى الكافى نقلا عن المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية تجب على عاقلته لانه يؤاخذ بافعاله وما فى الهداية واذا كان صبيا ففى ماله يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة (وان كان) اى الناخس (عبدا فالضمان فى رقبته) فيدفعه المولى بالضمان او يفديه (وجميع مسائل هذا الفصل والذى قبله ان كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وان كان) الهالك (غيره) اى غير الآدمى (فالضمان فى مال الجانى) لما مر ان العواقل لا يتحملون

ضمان المال ( ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن مانقصها ) من حيث المالية لان المقصود منها اللحم فقط دون العمل ولا يعتبر فيها الا النقصان بلا تقدير وقيد بالعين لان فى العينين صاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان كما فى التبيين ( وفى عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او بقرته ربع القيمة ) لماروى انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان اقامة العمل انما يكون باربع اعين عيناها وعين المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدهما وقال الشافعى يجب النقصان كما فى الشاة قيل والقصاب ليس بقيد فالحكم فى كل بقرة وبعير ربع القيمة فى العين الواحدة وفى كل شاة النقصان وانما وضع المسئلة فى بقرة الجزر وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة وترك فى الاصلاح اضافة الشاة الى القصاب معللا بقوله لما فيه من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل وليس بصحيح وجوابه ان وضع المسئلة فى شاة القصاب ايضا لئلا يتوهم انها معدة للحم فلا يعتبر النقصان فيه لاتعلق باللحم بل يوجد نقصان فى ماليتها لكونها فى حكم اللحم باعتبار المال

## ( باب جناية الرقيق والجناية عليه )

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كما فى شروح الهداية ولقائل ان يقول انه ماوقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقى منه جناية الحر على العبد وهو انما يتبين فى هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب اخره لانحطاط المملوك رتبة من المالك اعلم انهم اختلفوا فى موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الموجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه لانه يفوت به الدفع لا الفداء ( جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو كان محلا للدفع ) بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة ( والا ) اى وان لم يكن محلا للدفع بان كان له شئ من اسباب الحرية المذكورة فيما سلف (ف) توجب ( قيمة واحدة و ) كان ( غير محل له ) اى للدفع ولا يخفى ان قوله ولا يفيد ما صرح به من قوله

غير محل له فهو مستدرك بلا فائدة وفرع بقوله ( فلو جنى عبد خطاء ) هكذا في الهداية وغيرها والتقييد بالخطاء هنا مفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لايجري بين العبد والعبد ولابين العبيد والاحرار فيما دون النفس هذا اذا كان العبد كبيرا واما اذا كان صغيرا فعمده كالخطاء ( فان شاء مولاه دفعه ) اى العبد ( بها ) اى بالجناية ( فيملكه وليها ) اى ولى الجناية ( وان شاء فداه بارشها ) اى الجناية وذلك لان العبد لامال له ولا عاقلة ولايمكن اهدار الدم فجعلت رقبته مقام الارش الا انه خير المولى بين الدفع والفداء لئلا يفوت حقه في العبد بالكلية ( حالا ) قيد للدفع والفداء جميعا اما الدفع فلانه عين ولاتأجيل في الاعيان واما الفداء فلانه بدل العين فيكون في حكمه ثم الاصل عند الامام ان الخطاء هو الارش وعندهما الاصل هو ان يصرف المال الى الجناية كما في العمد فاذا اختار المولى الفداء وليس عنده مايؤدى فالعبد عبده عند الامام ويؤدى الارش متى وجد وعندهما ان لم يؤد الدية في الحال فعليه الدفع الا ان يرضى الاولياء وفي الاقتصار على دفع العبد ايماء الى انه لو كسب العبد بعد الجناية كسبا واختار المولى دفعه لايدفع الكسب اتفاقا ولو ولدت امة الجناية لا يدفع الولد عند صاحب المحيط وذكر شيخ الاسلام انه يدفع الولد كما في البرجندى ( فان مات العبد قبل ان يختار شيئا ) من الدفع او الفداء ( بطل حق المجنى عليه ) لفوات محل الواجب ( وان ) مات ( بعدما اختار ) المولى ( الفداء لايبطل حقه ) اى المجنى عليه ولم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى وبموت العبد لاتفسد ذمته ( فان فداه المولى فجنى ) اى العبد ( ثانيا فالحكم كذلك ) لانه قد طهر وخلص عن الجناية الاولى فيجب بالثانية الدفع او الفداء ( وان جنى جنايتين دفعه ) اى المولى العبد ( بهما ) اى بالجنايتين ( فيتقسمانه بنسبة حقوقهما ) اى العبد المدفوع على قدر حقهما ( او فداه بارشهما ) اى بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته وللمولى ان يفتدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحد او له وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفتدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق ( فان باعه ) اى المولى العبد الجانى ( او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها ) اى الجارية الجانية حال كونه ( غير عالم بها ) اى بالجناية ( ضمن ) اى المولى ( الاقل

من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى اقلهما بخلاف الاقرار على رواية الاصل لان المقر له يخاطب بالدفع الى الفداء لانه ليس فيه نقل الملك لاحتمال صدقه والحقه الكرخى بالبيع لزوال ملكه ظاهرا ولو باعهما من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض ممكن فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى لان فعل المأمور مضاف الى الآمر ولو ضربه بعد العلم فنقصه فهو مختار لانه حبس جزأ منه وكذا لو وطئ البكر دون الثيب الا اذا علقها بخلاف التزويج لانه عيب حكمى وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه ديون لان الاذن والدين لا يمنع الدفع وعند الشافعى فى قول واحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (وان علمابهما) اى بالجناية (ضمن الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كما لو علق) اى المولى (عتقه بقتل زيد او رميه او شجه) بان قال له ان قتلت فلانا او رميت زيدا او شججت رأسه فانت حر (ففعل) اى قتل او رمى او شج كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا للفداء وعليه القيمة ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فلزمه الدية (وان قطع عبد يد حر) حال كونه (عمدا) اى عامدا (فدفع العبد اليه) اى الى الحر الذى قطعت يده (فاعتقه) اى المدفوع اليه (فسرى) اى القطع الى النفس فمات (فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يكن اعتقه) اى العبد المجنى عليه ومات من السراية (رد) العبد (على سيده فيقاد او يعفى) لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه) اى القاطع العبد (اليه) اى الى المقطوع (فان اعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع الى القتل فمات (فهو) اى العبد (صلح بها) اى بالجناية (وان لم يعتقه فسرى رد) العبد الى القاطع (واقيد) او عفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وفى الهداية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد

ثم سرى الى النفس ومات حتى لو ... والى تفصيل ما ذكر هنا جواب القياس وكون الوصفين حجرا على الاولى والاستحسان وقيل في هما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صحيح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فصح العفو ظاهرا فعند ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فما دام لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا ما ذكروه اما اذا اعتقه فالحكم ما ذكرناه قال ( وان جنى عبد مأذون مديون جناية خطأ فأعتقه ) اي سيده ( غير عالم بها ) اي بالجناية ( ضمن ) اي السيد ( لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و ) ضمن ( لولي الجناية الاقل من قيمته ) اي العبد ( ومن ارشها ) اي الجناية لانه اتلف حق كل واحد منهما فيضمن كل القيمة على لانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء وكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين اذا امكن الرقبة الواحدة على تقدير كونه ملوكا بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بالاعتاق وان اعتقه بعد العلم ضمن قيمته لرب الدين وارش الجناية لاولياء المجني عليه ( ولو ولدت مأذونة مديونة بيع ) الولد ( معها ) اي مع امه ( في دينها ) اي الام المديونة ( وان جنت فولدت لا يدفع ) الولد ( في جنايتها ) اي الجناية اولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها فلا يسري الى الولد ثم انما يشترط السراية الى الولد ان تكون الولادة بعد لحوق الدين اما اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكتساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء اكتسبت قبل الدين او بعده ( ولو اقر رجل ان زيدا حرره فقتل ذلك العبد ) فاعل قتل ( ولي المقر خطأ فلا شيء له ) اي المقر بما اذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر ان مولى ذلك العبد اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم خطأ فلا شيء له لانه حين زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على عاقلته وابرأ العبد والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة ( وان قال معتق ) على صيغة المفعول ( قتلت اخا زيد ) قبلا خطأ ( وانا عبد وقال زيد بل قتلته وانت حر فالقول للمعتق ) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان وهذا لان الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا وفداء فلا يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه قال ( وان قال المولى لامة اعتقها قطعت ) اي انا يدك ( وانت امتي ) ... الامة لا ...

( بل بعده فالقول لها ) اى للامة لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه وهى تنكر فالقول للمنكر ( وكذا ) القول ( فى كل ما نال منها ) اى اخذ المولى من الامة ( الا الجماع والغلة ) بان قال وطئتك وانت امتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا اذا اخذ من غلتها اى اكسابها لا يجب عليه الضمان وان كانت مديونة وهذا عندهما ( وعند محمد لا يضمن ) المولى ( الا شيئا قائما بعينه يؤمر ) المولى ( برده اليها ) اى على الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطئ والغلة وفى القيام اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر فالقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت عينك اليمنى وعينى تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له لا بل ففأت عينى وعينك ذاهبة ولى عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الارش لان القضاء حصل مضمونا بتصادقهما الا ان الفاقئ يدعى البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله ( ولو امر عبد محجور او صبى صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل ) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء ولا شئ على الآمر سواء كان عبدا محجورا او صبيا لانهما لا يؤاخذ ان باقوالهما لعدم اعتبارها شرعا ( ورجعوا ) اى العاقلة ( على العبد بعد عتقه ) لان عدم اعتبار قول العبد انما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالاعتاق ( لا على الصبى الآمر ) اى لا ترجع العاقلة على الصبى الآمر لنقصان الاهلية وفى التبيين لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيه انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما تجب على المولى قيمته لان جنايته لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص ( ولو كان مأمور العبد مثله ) بان امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل ( دفع السيد ) العبد القاتل ( او فداه ان ) كان القتل ( خطاء او ) كان القتل ( عمدا و ) العبد ( المأمور صغيرا ) لان عمد الصغير كالخطاء ( ولا يرجع ) السيد ( على الآمر فى الحال ) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به فى الحال بل ( يجب ان يرجع ) السيد ( عليه ) اى على العبد ( بعد عتقه ) لزوال المانع وهو حق المولى ( باقل من قيمته ومن الفداء ) لان القيمة ان كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة

يبطل القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة قول بالحق ان لا يرجع بشيء لان الامر لم يصح والامر انما يعتبر في حق الورثة لكن يستثنى المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى (وان كان) القتل (عمدا والمأمور عبدا لا يرجع (لانه من اهل العقوبة وفي التسهيل هذا الذي ذكر في الكتاب لا يقتضي ان يكون الامر والمأمور محجورا عليهما للجناية بل يكتفي بان يكون الامر محجورا فقط لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك واما لو كان الامر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة العبد الامر في الحال بقيمة عبده لان الامر بأمره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب او اخذه في الحال رقبته بخلاف المحجور (وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا احد ولي كل منهما دفع) السيد (نصفه) اي نصف العبد (الى الاخرين او فدى بدية) يعني لاولي الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا احد ولي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا ويدفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لكل واحد من الوليين ربعه (وان قتل) العبد (احدهما) اي احد الحرين (عمدا و) قتل (الاخر خطأ فعفا احد ولي العمد فدى) السيد (بدية) كاملة (لولي الخطأ و) فدى (بنصفها لاحد ولي العمد) الذي لم يعف لان نصف الحق بطل بالعفو في النصف وصار مالا ويكون خمسة آلاف درهم ولم يبطل شيء من حق ولي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف (او دفعه) اي دفع السيد العبد (اليهم) اي الى الاولياء (يقسمونه اثلاثا) ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد هذا عند الامام فيضرب ولي الخطأ بالكل وهو عشرة آلاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة آلاف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما فصار حق ولي الخطأ في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين ولي الخطأ وبين غير العافي اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي (وعندهما) (ارباعا بطريق المنازعة) ثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد بطريق المنازعة فسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينصف فلهذا يقسم ارباعا (وان قتل عبد لاثنين قريبا لهما)

وعفا احدهما بطل الكل ) يعني اذا كان عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما فعفا احدهما بطل حق الجميع عند الامام فلا يستحق غير العافي شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل ( وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر ان شاء ( او يفديه بربع الدية ان شاء ) لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم واذا وجب القصاص وجب لكل منهما نصف القود شايعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه يثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية وللامام ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما في كل العبد او في النصف مترددا بين نصفه او نصف صاحبه او فيهما شايعا وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزاء العبد في القود ليس بعضها باولى من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه بنصيب صاحبه وبطلان الكل على احتمال التعلق بنصيبه ووجوب النصف بان يتعلق بهما شايعا والمال لا يجب بالشك

---

( فصل )

---

شرع في بيان الجناية على العبد بعد ما فرغ من بيان احكام جناية العبد على غيره ( دية العبد قيمته ) لان العبد انقص حالا من الاحرار ( فان كانت ) قيمة العبد ( قدر دية الحر او اكثر نقصت ) القيمة ( عن دية الحر عشرة دراهم وكذا لو كانت قيمة الامة كدية الحرة او اكثر ) يعني ان من قتل عبدا خطأ تجب عليه قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر يقضى لوليه بعشرة آلاف درهم الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة هذا عند الطرفين وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمة العبد او الامة بالغة ما بلغت لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الائمة الثلاثة ولهما قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله فانه اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل في النص ( وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت ) يعني اذا هلك العبد في يد الغاصب فتجب قيمته بالغة

مابلغت بالاجماع لان ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية
(وكل ما قدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق) لان القيمة في الرقيق كالدية
في الحر لانها بدل الدم (ومن ثمة) اي يد الرقيق (نصف قيمته) كما ان في يد
الحر نصف ديته (ولا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمي
نصفه وتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو مرتبته عن مرتبة الحر
وقيل يعتبر في الاطراف قيمته بالغة ما بلغت ولا ينقص منه لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال وهو الصحيح كما في الدرر وفي العناية وقوله لا يزاد على
خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي
ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا
ان المعتبر فيه المالية لانه لا يتصل بالقصاص ولا بالكفارة ولهذا كان الواجب
فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله تعالى قال في بعض الروايات
ان الاخذ بهذا القول يؤدي الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله
الى ان قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف
الا خمسة انتهى وفي التنوير ويجب حكومة عدل في لحيته قال في شرحه وهو
رواية الاصل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن الامام انه
يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا وفي المجتبى حلق رأس عبد
فلم تنبت قال الامام ان شاء المولى دفعه اليه واخذ قيمته وان شاء تركه (ومن قطع
يد عبد عمدا فاعتق فسرى) الى النفس (اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط
والا) اي بان كان له ورثة غير سيده (فلا) يقتص هذا عند الشيخين (وعند
محمد لا قصاص اصلا) اي سواء كان وارثه سيده فقط او لم يكن بل كان له ورثة
غيره (وعليه) اي على القاطع (ارش اليد وما نقص الى حين العتق)
اي ما نقصه القطع الى ان اعتقه وانما لم يجب القصاص فيما اذا كان له ورثة سواه
لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق
للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام
فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك
يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون
الاجتماع مفيدا ولا يقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح
اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل ورقبته لآخر
اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت
فاذا اجتمعا زال الاشتباه (ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا) اي العبدان

بان شجهما آخر فبين المولى العتق فى احدهما بعد الشج ( فارشهما ) اى ارش شجة ذينك العبدين ( له ) اى المولى لان العتق لم يكن نازلا فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة ( وان قتلا ) على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين المولى العتق فى احدهما ( فله ) اى المولى ( دية حر وقيمة عبد ان ) كان ( القاتل واحدا ) لاقيمة عبدين ولادية حرين والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ماعرف فى اصول الفقه فاعتبر انشاء فى حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون احدهما حرا بيقين حين الموت فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب على القاتل نصف قيمة كل واحد منهما هذا اذاقتلا معا اوقتلهما واحد على التعاقب تجب عليه قيمة الاول للسيد ودية الاخر اوارثه اذبقتل احدهما تعين العتق بالضرورة لمن اخر ( وان قتل كلا ) اى كل واحد ( منهما واحد فقيمة العبدين ) اى اذاقتل اثنان كلا من العبدين ولم يدر اولهما اوقتلا معا تجب على كل قاتل قيمة عبد قتله لان العتق المبهم لايتعين الابالبيان وهو لايتصور بعد الموت فلايحكم بعتق واحد منهما ( ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده دفعه ) اى العبد ( اليه ) اى الى الفاقئ ( واخذ قيمته او ) ان شاء ( امسكه ) اى العبد ( ولاشئ له ) اى المولى هذا عند الامام ( وعندهما ) ان شاء دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن ( ان امسكه فله ) اى المولى ( ان يضمنه ) اى الفاقئ ( نقصانه ) اى نقصان قيمة العبد لهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه المذكور كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن احكام الآدمية ان لاينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لاغير ولا يملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفائت والقائم فقلنا بانه لاينقسم اعتبارا للآدمية ويملك الجثة اعتبارا للآدمية وهذا اولى مماقالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط

## ( فصل )

( وان جنى مدبرا وام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش ) اذلاحق لولى الجناية فيما اكثر من الارش ولامنع من المولى فيما اكثر من القيمة ولايثبت الخيار بين الكثير والقليل فى متحد الجنس لاختياره الاقل بلاشبهة ( فان جنى ) اى كل واحد من المذكورين جناية ( اخرى ) فعند الامام ( شارك ) ولى

الجناية ( الثانية ولى ) جنايته ( لاولى والقيمة ان دفعت ) اى القيمة ( الله ) اى الى ولى الاول ( بقضاء ) ولا يطالب ولى الثانية من الولى شيئا لانه دفعه من اولى الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور على الدفع بالقضاء فتبع ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانه على قدر حقهم ( والا ) اى وان لم دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى بقضاء بل برضاه ( اتبع ان شاء اتبع ) ولى الثانية ( ولى ) الجناية ( الاولى ) وان شاء اتبع المولى لان جناية المدبر وام الولد لم توجب قيمة واحدة فاذا دفعه الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني بلا تجب فوجب عليه وليس له ولاية عليه حتى يعقد هذا الدفع في حقه وذالم يقع المولى في حق الثاني ما ثاني بالخيار ان شاء اتبع ولى الاولى لانه قبض ما قبض حقه ظلما وصار به ضامنا وان اخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه تعدى بدفع حقه اختيارا منه لا جبرا بخلاف ما لو كان بقضاء القاضى على ما بين آنفا هذا عند الامام ( وعندهما يتبع ولى ) الجناية ( الثانية ولى الاولى بكل حال ) اى سواء كان دفع المولى بقضاء القاضى او برضاه ولا شئ على المولى لان ما دفعه باختياره بمنزلة ما دفعه بالقضاء لانه ايصال حق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة حتى يجعل متعديا بالدفع وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة ) لان دفع القيمة فيه كدفع العين ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامه وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكر من الاحكام ( وان اقر المدبر بجناية خطأ لا يلزمه شئ في الحال ولا بعد عتقه ) لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ

## ( باب غصب العبد والصبى والمدبر والجناية فى ذلك )

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه ذكر حكم من يلحق به ( ولو قطع سيد يد عبده ) اى العبد بان غصبه آخر ( فمات من القطع فى يد الغاصب ضمن ) الغاصب ( قيمته ) اى العبد ( مقطوعا ) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ( وان قطع سيده ) اى العبد يده ( فى يد الغاصب فمات ) من القطع ( برئ الغاصب ) من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون كذلك وقد استولى عليه بحيث قطع يده وهو استرداد فبرئ الغاصب من الضمان ( ولو غصب ) عبد ( محجور ) عبدا ( محجورا مثله فمات ) المغصوب ( فى يده ) اى الغاصب ( ضمن ) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيصير حتى لو ثبت الغصب بالبينة تباع فيه

بالمال بخلاف قوله حتى او اقر بالغصب لا يرجع بل يؤاخذ به بعد العتق
( و وغصب ) على صيغة المجهول ( مدبر فجنى ) ذلك المدبر عند غاصبه ( ثم )
رده الى مولاه فجنى ( عند سيده او بالعكس ) بان جنى عند سيده جناية ثم جنى
عند غاصبه جناية اخرى ( ضمن سيده قيمته لهما ) اى لولى الجنايتين فيكون
بينهم نصفين لان جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة وانما كانت القيمة
بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب ( ورجع ) السيد ( بنصفها ) اى
بنصف القيمة التى ضمنها ( على الغاصب ) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها
بسبب كان عند الغاصب ونصفها بسبب آخر وجد عنده فيرجع على
الغاصب بما الذى لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف
العبد ( ودفعه الى رب الجناية الاولى فى الصورة الاولى ) وهى ما اذا جنى المدبر
عند غاصبه ثم عند مولاه ثم رجع به ثانيا اليه اى على الغاصب لان حق الاولى فى
جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة
الثانى فاذا وجد الاول شيئا من بدل العبد فى يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه
فاذا اخذه منه رجع المولى ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده
بسبب كان عند الغاصب وهذا عند الشيخين ( وعند محمد لا يدفعه ) اى نصف
القيمة الذى رجع به على الغاصب اولى الجناية الاولى بل هو مسلم للمولى اذ هو
عوض ما اخذه ولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل
والمبدل منه فى ملك شخص واحد ( ولا يرجع ثانيا ) لان الذى يرجع به المولى على
الغاصب عوض ما سلم اولى الجناية الاولى فلا يرجع كيلا يتكرر الاستحقاق
( وفى الصورة الثانية ) وهى ما اذا جنى المدبر عند مولاه جناية ثم عند غاصبه
اخرى ( يدفعه ) اى يدفع المولى ما رجع به على الغاصب الى ولى الجناية الاولى
( ولا يرجع ) المولى على الغاصب ( ثانيا ) بما دفعه الى ولى الجناية الاولى
( بالاجماع ) لان الجناية الاولى صدرت من المدبر وهو فى يد المولى ( والقن فى الفصلين
اى فيما اذا جنى عند غاصبه ثم عند مولاه ( كالمدبر الا ) ان الفرق بينهما ( انه )
اى المولى ( يدفعه ) اى القن نفسه ( وفى المدبر يدفع القيمة ) اى قيمة المدبر
( وحكم تكرار الرجوع والدفع كما فى المدبر اختلافا واتفاقا ) فانه اذا دفع القن
اليهما رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم للمالك عند محمد وعندهما لا بل له
ان يدفعه الى الاول واذا دفعه اليه رجع فى الفصل الاول على الغاصب ثانيا
وفى الفصل الثانى لا يرجع ( ولو ) غصب ( رجل مدبرا مرتين فجنى ) المدبر
( عنده ) اى الغاصب ( فى كل منهما ) اى فى كل من المرتين ( غرم سيده
قيمته لهما ) اى لولى الجنايتين ( ورجع بها على الغاصب ودفع نصفها )

اى القيمة (الاولى) الجناية (الاولى ورجع بها) اى بالنصف (عليه) اى على الغاصب (ثانيا اتفاقا) وصورة المسئلة انه غصب رجل مدبرا فجنى عنده خطأ ثم رده على المولى فغصبه ثانيا ثم جنى ذلك المدبر عنده مرة اخرى يضمن المولى قيمة المدبر لولى الجنايتين بان يجعل القيمة نصفين لتعذر دفعه بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة بدل الرقبة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لحصول كل من الجنايتين عنده ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف السابق كالمسئلة الاولى وقيل على الاتفاق والى القول بالاختلاف اشار بقوله (وقيل فيه خلاف محمد) والفرق لمحمد ان فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الثانية كانت فى يد المالك ولو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما فى هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكر (ومن غصب صبيا حرا) اى ذهب به بغير اذن وليه وذكره بلفظ الغصب مشاكلة اذ الغصب لا يتحقق الا فى الاموال والحر ليس كذلك (فمات) اى الصبى (فى يده) اى فى يد الذاهب به فجاءة او بحمى فلا شئ عليه (وان) مات (بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته) اى الذاهب (ديته) اى دية الصبى استحسانا والقياس ان لا يضمن وهو قول زفر والشافعى لان الغصب فى الحر لا يتحقق وجه الاستحسان ان ضمانه ليس لكونه غاصبا بل لسببه لاتلافه بنقله الى مكان فيه الصواعق والحيات بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والامراض كالطاعون وغيره فانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه بالنقل تسببا قال فى النهاية فان قيل فما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شئ من ذلك اجيب حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما فعل به فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه من الحفظ كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد حيث لا يمكنه حفظ نفسه انتهى (ولو قتل صبى عبدا مودعا عنده ضمن عاقلته) يعنى اودع مولى العبد عبده عند صبى فقتله ذلك الصبى ضمن عاقلة الصبى قيمة العبد (وان اكل) الصبى (طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان) عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) والشافعى لانه اتلف مالا معصوما متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه ولهما ان المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه بل معصوم لحق المالك وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبى بخلاف العبد فان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية فى حق الدم فلهذا قلنا

بضمان العاقل لنا قيمة العبد ( واواودع ) على صيغة المجهول ( عند صبد محجور مال فاستهلكه ) اى المال ( ضمن ) العبد ( بعد العتق ) لا فى الحال عند الطرفين ( خلافاله ) اى لابى يوسف فانه يؤاخذ به فى الحال عنده ( والاقراض والاعارة كالايداع فيهما ) اى فى العبد والصبى والدليل من الجانبين مامر آنفا ( والمراد بالصبى العاقل ) كما شرطه محمد فى الجامع الصغير وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنى عشر سنة وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر ولهذا قال ( وفى غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق ) كما يضمن العاقل ايضا مالاتلفه بلا ايداع ونحوه بالاتفاق لما بينا ان التسليط فيه غير معتبر لعدم عقله وفعله معتبر فلهذا قلنا بالضمان

## ( باب القسامة )

لما كان امر القتيل فى بعض الاحوال يؤل الى القسامة اوردها فى آخر الديات فى باب على حدة وهى فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفى الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة اودار وجد فيهما قتيل به جراحة اواثر ضرب اوخنق ولايعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة يقول كل واحد منهم بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا وسببها وجود القتيل كما ذكرنا وركنها اجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا كما يجيئ وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته وان يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة وتكميل اليمين خمسين فان لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف والحبس الى الحلف ان ابوا اذا ادعى الولى العمد والحكم بالدية عند النكول ان ادعى الولى القتل خطاء ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وتعيين الخمسين ثبت بالاحاديث المشهورة الواردة فى باب القسامة ( اذاوجد ميت فى محلة به ) اى بالميت ( اثر القتل من جرح اوخروج دم من اذنه اوعينه ) لانه لايخرج الدم منهما عادة الامن شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجرى عليه احكامه ( اواثر خنق او ) اثر ( ضرب ولم يدر قاتله ) اذلوعلم قاتله سقطت القسامة عن اهلها ( وادعى وليه قتله ) اى الميت ( على اهلها ) اى على اهل المحلة كلهم ( اوبعضهم ) عمدا وخطأ ( ولا بينة له ) اى للمولى ( حلف ) على صيغة المفعول جواب اذا ( خمسون رجلا منهم ) اى من اهل المحلة ( يختارهم الولى ) صفة خمسون وانما كان الاختيار للولى لان اليمين حقه سواء

يختار من يتهمه بالقتل كالفسقة او الشبان او صلحاء اهل المحلة لتحرزهم
عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه
ولم يحلفوا ولو اختار في القسامة اعمى او محدودا في قذف جاز لان هذه يمين
وليست بشهادة فيتم اهلية اليمين بخلاف اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل
للشهادة (بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) فقوله بالله متعلق بحلف وقوله ما قتلناه
وارد على سبيل الحكاية عن الجمع والا فعند الحلف يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته
ولا علمت له قاتلا ولا يجمع معه غيره في اسناد نفي القتل لانه يجوز ان يكون
قاتلا وحده وينوي بلفظ الجمع ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذا العلم فانه يجوز
ان يكون عالما بالقاتل وحده وينفي ان يكون غيره عالما به فان قيل اي فائدة في قوله
ما علمنا له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة غير مقبولة قلنا فائدته تبيين محل
الخصومة فان الولي قد يعجز عن تعيينه وقد يظن غير القاتل قاتلا (ثم قضى)
على صيغة المجهول (على اهلها) اي المحلة (بالدية) لوجود القتيل بينهم
والاصل في ذلك ما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنه ان النبي عليه الصلوة
والسلام كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه
عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله على
موسى امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون
الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي (وما تم خلقه كالكبير) اي اذا
وجد سقط او جنين تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة فهو كالكبير في الاحكام
المذكورة لان تام الخلق ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم
لانه انفصل ميتا ظاهرا (ولا يحلف الولي وان كان لوث) اي عداوة خلافا للشافعي
فانه قال اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا فان حلفوا يقضى
بالدية على المدعى عليه عمدا كانت دعوى القتل او خطأ في قول وفي قول يقضى
بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك وان نكل المدعي عن اليمين
حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص
في قول والدية في قول واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي
بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه
وان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ما قلنا والاختلاف في
موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل المحلة باليمين (وان نقص اهلها)
اي اهل المحلة (عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان تتم) خمسون لان اليمين

واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولايشترط معرفة الحكمة في هذا العدد الثابت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قضى بالقسامة وعنده تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم ليتم به خمسون ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثله (ومن نكل) منهم عن اليمين (حبس حتى يحلف) لان اليمين واجبة فيه تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع فيه بين اليمين والدية بخلاف النكول في الاموال هذا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة او على بعض منهم غير معين والدعوى في العمد والخطاء سواء ولو ادعى على واحد منهم بعينه انه قتل عمدا او خطاء فكذلك الحكم على ما ذكر في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه تسقط القسامة والدية عن الباقين في القياس كما لو ادعى على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لاطلاق النصوص (ومن قال منهم) اي من المستحلفين (قتله فلان استثناه) ضمير الفاعل عائد الى من وضمير المفعول الى فلان (في يمينه) بان يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا الا فلانا لانه قد يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتله فلان فلا يقبل قوله فيحلف كما ذكرنا (وان ادعى الولي القتل على غيرهم) اي على رجل من غير اهل المحلة (سقطت) القسامة (عنهم) اي عن اهل المحلة اما اذا ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لا تبطل القسامة والدية عن اهلها وعن الامام في رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كما في الخانية (ولا تقبل شهادتهم) اي اهل المحلة (به) اي بالقتل (على غيرهم) اي على غير اهل المحلة الذي ادعى الولي القتل عليه هذا عند الامام (خلافا لهما) لبراءتهم من التهمة بادعاء الولي القتل على غيرهم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته واصله ان من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضة ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما عند الكل غير انهما يجعلان اهل المحلة ممن له عرضة ان يصير خصما وهو يجعله ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل فمن ذلك الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع اما اذا لم يخاصم الوكيل ولم يطلب الشفعة الشفيع فتقبل شهادتهما لكونهما في عرضة الخصومة وفي الذخيرة اذا وجد القتيل في المحلة وادعى اهل المحلة ان فلانا قتله دونهم واقاموا على ذلك بينة من غير محلتهم جازت الشهادة وتثبت لهم البراءة عن القسامة والدية ادعى ولي القتيل ذلك او لم يدع بخلاف ما اذا عينوا رجلا من اهل المحلة فان الدية والقسامة

على اهل المحلة فى الشرح على محالها او معين ذلا لانه ابراهم وروى عن ابى يوسف
ان القسامة تسقط وفى التبيين ودعوى الولى على واحد من غير اهل المحلة
تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا هكذا ان ادعى الولى اما اذا ادعى
المجروح فقال قتلنى فلان ثم مات واقام وارثه بينة على رجل آخر انه قتله لا تقبل
بينته ( ولا ) تقبل شهادة اهل المحلة ( على بعضهم ان ادعاه ) اى الولى
( اجماعا ) لان الخصومة قائمة مع الكل لما مر انهم كانوا خصماء فى هذه المادة
و بالشهادة تنقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما فى هذه الشهادة فلا تقبل
شهادته وفى رواية عن ابى يوسف انها تقبل فكان الاولى ترك قوله اجماعا
( ووجود اكثر البدن او نصفه مع الرأس ) فى المحلة ( كوجود كله ) لان هذا
قتيل وجد فى محله فللاكثر حكم الكل ( ولا قسامة على صبى و ) لا على ( مجنون )
لان اليمين تجرى على قول صحيح ولا تجرى منهما قول صحيح على قائل ( و )
لا على ( امرأة و ) لا على ( عبد ) حيث لم يكونوا من اهل النصرة واليمين على
اهلها الا اذا جعل كل منهما قائلا ( ولا قسامة ولا دية فى ميت لا اثر به ) من
الضرب ( او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره ) لان الدم يسيل فى هذه
المواضع عادة فلا يكون قتيلا لان القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب مباشرة
الحى عادة والقسامة شرعت فى المقتول وهو اعلم بل ميت حتف انفه فاذا كان
فى لا اثر له فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر ومن به اثر فهو
مقتول و بنا حاجة الى صيانة دمه عن الهدر وذا بان يكون به جراحة او اثر ضرب
او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا يخرج منهما عادة الا
بالجرح فى الباطن ( او وجد ) فى محله ( اقل من نصفه ولو ) كان الاقل ( مع
رأس او ) وجد ( نصفه مشقوقا بالطول ) او وجد يده او رجله او رأسه
فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا
يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لو اوجبنا بوجود النصف
فى هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد بدا من ان نوجب اذا وجد
النصف الآخر فى محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار القسامة
والدية فى قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال
لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى
لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما بينا ( وان وجد ) القتيل ( على دابة
يسوقها ) اى الدابة ( رجل فالدية على عاقلته ) اى عاقلة السائق سواء كان
السائق مالكا للدابة او غير مالك لا على اهل المحلة لانه فى يده لا فى ايديهم
( وكذا ) اى يضمن عاقلة القائد او عاقلة الراكب ( او كان يقودها او راكبها )

لانه في يده فصار كما اذا كان في داره (وان اجتمعوا) اي السائق والقائد والراكب (فعليهم) اي تجب الدية عليهم لانه في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لافرق بينها وبين الدار (وان وجد) قتيل (على دابة بين قريتين فعلى اقربهما) اي اقرب القريتين الى القتيل الذي وجد على ظهر الدابة التي مرت بين القريتين لما روي انه عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد اقرب الى احدهما بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية واشترط سماع الصوت من القريتين ولم يقيد المص هنا بهذا القيد تبعا للكنز قال شارحه الزيلعي هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شيء عليهم لانه اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة وان كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا ينسبون الى التقصير في النصرة انتهى وقد صرح بهذا القيد في الواو الجية حيث قال واو وجد القتيل بين القريتين ينظر الى ايهما اقرب وانما تجب القسامة والدية على اقرب القريتين اذا كان بحال يسمع منه الصوت اما اذا كان بحال لا يسمع منه الصوت لا يجب على واحدة من القريتين ويراعى حال المكان الذي وجد فيه القتيل ان كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم وان كان مباحا لكنه في ايدي المسلمين تجب الدية في بيت المال وفيها ايضا واو وجد قتيل في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان العبرة للملك والولاية (وان وجد) قتيل (في دار نفسه فعلى عاقلته) اي تجب الدية على عاقلة القتيل اورثته عند الامام (وعندهما لاشيء فيه) لانه لما وجد قتيلا في دار نفسه جعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه و قال الامام انما وجبت الدية على عاقلته لانه لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته لان السبب وجود القتيل في ذلك المكان كما نص عليه عمر رضي الله تعالى عنه وحين وجد قتيلا كانت الدار مملوكة لورثته لاله لانه ميت ليس من اهل الملك فلهذا كانت الدية على عاقلته (وان وجد) اي القتيل (في دار انسان فعليه) اي على ذلك الانسان (القسامة) لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك (وعلى عاقلته الدية) لان نصرته وقوته بهم (وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا) اي كصاحب الدار عند الطرفين (خلافا لابي يوسف)

فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص بها من غيره فلا يشاركه
غيره في القسامة كاهل المحلة فانه لا يشاركهم عواقلهم فيها ولهما ان الحضور
لزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركونه في القسامة (والا) اي
وان لم تكن العاقلة حضورا بل كانوا غائبين (كررت) الايمان (عليه)
اي على رب الدار ووجبت الدية على العاقلة لما تقدم (والقسامة على الملاك
دون السكان) عند الطرفين يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك فالقسامة
على الملاك عندهما (وعند ابي يوسف على الجميع) لان ولاية التدبير كما تكون
بالملك تكون بالسكنى ولانه عليه السلام قضى بالقسامة والدية على اهل خيبر
وقد كانوا سكانا ولان وجوبهما عليهم لتركهم الحفظ او لوجود القتيل
بينهم والكل في ذلك سواء وان كانوا يعملون الى اهاليهم بالليل مثل الجمالة
والصناع يكونون بالنهار في موضع وينصرفون الى اهاليهم بالليل فلا شيء عليهم
ولهما ان التدبير في حفظ المحلة الى الملاك دون السكان لان السكان يتحولون
في كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان ما يكون من الغنم وهو الشفعة
يختص به الملاك فكذا ما يكون من الغرم واما اهل خيبر فكانوا ملاكا لا سكانا
الملاك هم اصحاب الرقبة والسكان هم المستأجرون والمستعيرون والمودعون
والمرتهنون واذا وجد الشخص في دار المغصب قتيلا فهو على رب الدار عند
الامام وقال ابو يوسف ان كان نازلا في بيت على حدة فلا دية ولا قسامة
واذا كان مخالطا فعليه الدية والقسامة والفتوى اليوم على قول ابي يوسف
(وهي) اي القسامة (على اهل الخطة) اي اصحاب الاملاك القديمة الذين
تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين (ولو بقي منهم) اي من اهل
الخطة (واحد دون المشترين) هذا عند الطرفين رحمهما الله تعالى
(وعند ابي يوسف على المشترين ايضا) لان الضمان انما يجب بترك الحفظ
ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين وولاية الحفظ باعتبار الملك وقد
استووا فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشتري
ولو كان للخطة تأثير في التقدم لما شاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشترين وقلما يزاحمه المشتري
في التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة ووجوب الدية دون
المشتري وقيل ان ما قاله الامام هذا بناء على ما شاهده من عادة اهل الكوفة
في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون
في ذلك (وان لم يبق من اهل الخطة احد فعلى المشترين بالاتفاق) اي ان لم يبق
من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فالقسامة والدية على المشترين لانه زال

من سفنهم او رماحهم فانتقلت الولاية اليهم عندهما وعند ابى يوسف حصلت لهم الولاية لزوال من رماحهم والفرق بين التعليلين خفى يظهر بالتامل ( وان بيعت دار ولم تقبض ) فوجد فيها قتيل ( فعلى البايع ) اى تجب القسامة والدية على عاقلة البايع عند الامام ( وعندهما على المشترى ) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات فلهذا وجبت عليه القسامة والدية وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك واليد قبل القبض للبايع فكان مقصرا فى الحفظ فوجبت عليه ( وفى البيع بخيار على عاقلة ذى اليد ) عند الامام ( وعندهما على من يصير الملك له ) لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ فلا تجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع وما شرط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك وله ان الحفظ انما يكون فى الايدى لانه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد والحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك ( ولا تدى عاقلة ذى اليد الا بحجة انها ) اى الدار ( له ) يعنى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد واليد وان كانت تدل على الملك الا انها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع كما عرف فى الاصول ولا فرق فى ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره ( وان وجد ) اى القتيل ( فى دار مشتركة سهاما مختلفة ) بان كان نصفها لرجل وعشرها لاخر ولاخر ما بقى ( فالقسامة والدية على الرؤس ) لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه يثبت احكام القتل بدلالة الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك فكان على عدد الرؤس كالشفعة ( وان وجد ) اى القتيل ( فى سفينة فعلى من فيها ) اى فى السفينة ( من الملاحين والركاب ) جمع راكب اى تجب القسامة والدية على من كان فى السفينة من اربابها وسكانها المالك وغير المالك فى ذلك سواء لانهم فى تدبيرها سواء اذا جرى بهم امرا اما على مذهب ابى يوسف فظاهر لتسويته فى الدار بين السكان والملاك واما على قولهما فلان السفينة تنقل وتحول فتكون فى اليد حقيقة فانها مركب كالدابة ( وان وجد فى مسجد محلة فعلى اهلها ) لانهم احق الناس بالتدبير فيه ( وان ) وجد القتيل ( بين قريتين فعلى اقربهما ) اى القريتين الى القتيل لما رويناه سابقا ( وان ) وجد ( فى سوق مملوك فعلى

المالك ) عند الامام ( وعند ابى يوسف على السكان ) سواء كانوا ملاكا او غير ملاك قال صاحب الاشباه لى ان اقول ينبغى ان يشارك الملاك السكان عند ابى يوسف كما فى مسئلة الدار ( وفى غير المملوكة ) من الاسواق ( كالشوارع ) جمع شارع وهو الطريق الاعظم ( على بيت المال ) اى تجب الدية على بيت المال بدون قسامة لان الموجب للقسامة توجه تهمة القتل وهذا لا يتحقق فى حق العامة وفى الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال فى الجامع وفى مسجد محلة على اهلها كما لو وجد فى شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة فى الاسواق وخارج البلدان وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد فى الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى وقال صاحب النهاية فى شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد بها ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى وقال الزيلعى وفى الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير فى مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة ثم قال بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها والتى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذى ها لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة انتهى ونحوه فى ابن الهمام وقد افتى بعض الفضلاء بوجوب القسامة والدية على اقرب المحلات وقال وانما يكون على بيت المال فيما اذا كان الشارع نائيا عن المحلات نص على ذلك فى شروح الهداية وعامة كتب الفتاوى انتهى وانما طال بنا الكلام فى هذا المقام لما يتوهم من اطلاق المتون ان الدية فيما ذكر على بيت المال من غير تقييد بالبعد عن المحلات ولا بد من اعتبار هذا القيد كما هو فى اكثر المعتبرات ( وكذا ) يجب الدية على بيت المال ( ان وجد القتيل فى المسجد الجامع ) لانه للعامة لا يختص به واحد دون واحد ( وكذا ان وجد فى السجن ) عند الطرفين ( وعند ابى يوسف على اهل السجن ) لهما ان اهل السجن مقهورون فى السكون فى ذلك الموضع فلا يقومون بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فديته

القتيل الموجود فيه تكون على بيت المال وابو يوسف اعتبر كونهم سكانا وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ماداموا فيه فالظاهر ان القتل حصل منهم قالوا وهذا الاختلاف بناء على مسئلة الملاك والسكان كذا فى الكافى ( وان ) وجد ( فى برية ) بكسر الراء وتشديد الياء الصحراء ( ليس بقربه ) هكذا فى عامة النسخ بضمير المذكر فان صح يكون التذكير باعتبار الموضع او المكان والجملة صفة لبرية ( قرية يسمع منها ) اى القرية ( الصوت ) الجملة الفعلية صفة لقرية ( فهو هدر ) اما اذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه لرعى مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد ان يحمى ذلك الموضع بغير رضاهم واما اذا لم يسمع منها الصوت الواقع فى البرية فيعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شئ ولا يوصف اهل القرية بالتقصير لان القتل بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته ( وكذا لو ) وجد ( فى وسط الفرات ) قال فى المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكانه قال وما يشبهه ولهذا قال فى المبسوط اذا وجد القتيل فى نهر عظيم يجرى به الماء فلا شئ فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازى لان حكم الشط كحكم الوسط مادام يجرى بالقتيل ماؤه ( وان ) وجد ( محتبسا بالشط ) اى جانب النهر ( فعلى اقرب القرى منه ) اى من الشط لان الشط فى ايديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بتدبيره فكان ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم والتدبير فى كريه واجراء الماء منه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا فى الكافى ( وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا ) اى انكشفوا وتفرقوا ( عن قتيل فعلى اهل المحلة ) لان حفظ المحلة فى مثل ذلك واجب على اهلها فحيث قصروا فى الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية ( الا ان يدعى وليه ) اى القتيل ( على القوم ) الذى التقوا واجلوا ( او على واحد معين منهم فتسقط ) اى القسامة والدية ( عنهم ) اى عن اهل المحلة لانه بدعواه جعل مبرئا لاهل المحلة عن القسامة والدية ( ولا يثبت ) القتل ( على ) اولئك ( القوم ) الذى التقوا واجلوا ( الا بحجة ) اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق لقوله عليه السلام لو خلى الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من انكر ( ولو وجد ) اى القتيل ( فى معسكر ) اى موضع عسكر ( بارض غير مملوكة

لاحد (فان) وجد (فى خباء) هو الخيمة من الصوف (اوفسطاط) وهو الخيمة العظيمة (فعلى ربه) اى رب الخباء او الفسطاط (والاعلى الاقرب) اى تجب الدية والقسامة على اهل ذلك الخباء او الفسطاط الاقربين (منه) اى من القتيل لان المعتبر هو اليد فى الموضع الذى لا ملك لاحد فيه قالوا هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين واما اذا نزلوا جملة مختلطين فالدية والقسامة على العسكر جميعهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد فى خارج الخيام عليهم كلهم (وان كانوا) اى العسكر (قد قاتلوا عدوا) ووجد قتيل بينهم (فلا قسامة ولا دية عليهم) لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا (وان كانت الارض) التى نزل بها العسكر (مملوكة) لاحد (فالعسكر كالسكان والقسامة على المالك لا عليهم) اى لا على العسكر لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وحفظ ملكه اليه كما مر ان لا عبرة للسكان مع الملاك عند الطرفين (خلافا لابى يوسف) فانه يوجب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا ودليله مذكور فيما سبق فلا حاجة الى اعادته (ومن جرح فى قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات) من تلك الجراحة (فالقسامة) والدية (على القبيلة) التى جرح بها (عند الامام وعند ابى يوسف لا شئ فيه) لان القسامة والدية انما شرعت فى القتيل الموجود وهذا جريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش ولهما انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من اول سببه فى حكم التصرفات فكذا فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو فى حكم التصرفات كالصحيح فكذا فى حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات يجب على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ على من حمله وفيه خلاف ابى يوسف وهذا لان وجوده جريحا فى يده كوجوده جريحا فى المحلة كذا فى الكافى واليه اشار بقوله (ولو) كان (مع المجروح رجل يحمل) ذلك الرجل المجروح الى اهله (ومات) المجروح فى اهله (فلا ضمان على الرجل الحامل) (عند ابى يوسف وفى قياس قول الامام يضمن) والعلة فيه من الطرفين ما سلفناه نقلا عن الكافى (ولو ان رجلين كانا فى بيت) واحد (فوجد احدهما مذبوحا ضمن الآخر ديته عند ابى يوسف خلافا لمحمد) فانه قال لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان يكون قتله الآخر فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر هذا الوهم

كما لا يعتبر اذا وجد قتيلا فى محلة (ولو وجد القتيل فى محلة لامرأة كررت اليمين عليها وتدى عاقلتها عند الطرفين وعند ابى يوسف على عاقلتها القسامة ايضا) كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة ليست منها فاشبهت الصبى لهما ان القسامة فى القتيل فى الملك باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة فى الملك وتهمة القتل كالرجل فى القسامة (قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسئلة) اى قال المتأخرون من اصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لانها حيث جعلناها قاتلة شاركت العاقلة فى الدية لانه حيث وجبت الدية على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها (ولو وجد) اى القتيل (فى ارض رجل فى جنب قرية) صفة الارض (ليس صاحب الارض منها) اى من تلك القرية والجملة المصدرة بليس صفة قرية (فهو) اى وجوب الدية والقسامة (على صاحب الارض) لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

## ( كتاب المعاقل )

المعاقل (جمع معقلة) كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلا وعقولا ولما كان موجب القتل الخطاء وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها وبيان احكامها فى هذا الكتاب فقال (وهى) اى المعاقل (الدية) وسميت الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اى تمسكها وتمنعها ما يلزم عليها من وجوب الدية ويسمى العقل عقلا لمنعه صاحبه عن القبائح (والعاقلة من يؤديها) اى الدية (وهم) اى المؤدون (اهل الديوان) وهم الجيش الذين كتبت اسماؤهم فى الديوان وفى القاموس والديوان يكسر ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى والاصل فى ايجاب الدية على العاقلة بالخطاء وشبه العمد قوله عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا فدوه (ان كان القاتل منهم) والعاقلة عند الشافعى العشيرة لانه كان عليهم فى عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحى على لسان نبى ولا نبى بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضى الله تعالى عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه منكر منهم فكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على

وفاق ماقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضى بالدية على اهل الديوان (تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) من وقت القضاء بالدية والتقدير بثلاث سنين مروى عنه عليه السلام ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت ثلاث عطايا في مدة اقل من ثلاث سنين او) في مدة (اكثر) مثل ان تخرج عطاياهم في ستة سنين مثلا (اخذ منها) اى من العطايا وحاصله انه اذا خرجت للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية فلا فائدة في التأخير واذا خرجت في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية اذا الحق ان يكون المأخوذ من الاعطية لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم في ثلاث سنين او اقل منها او اكثر وهذا اذا كانت العطايا في السنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء (ومن لم يكن منهم) اى من اهل الديوان (فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهي المعتبرة في هذا الباب (يؤخذ منهم في ثلاث سنين) ايضا (من كل واحد) منهم (ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم (كل سنة درهم) قوله كل بالنصب على الظرفية خبر مقدم ودرهم مبتدأ مؤخر (او) كل سنة (درهم وثلث) درهم (لا ازيد وهو الاصح) لمراعاة معنى التخفيف فيه (وقيل) يؤخذ من كل واحد (في كل سنة ثلاثة دراهم او اربعة) دراهم فيكون المأخوذ من كل واحد في ثلاث سنين تسعة دراهم او اثنى عشر درهما وانما كان القول الاول اصح لخروج هذا القول من حد التخفيف وبلوغه حد الجزية في الثاني وقربه منه في الاول وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل اليهم نسبا) الاقرب فالاقرب (على ترتيب العصبات) وهم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون ثم انهم قالوا ان هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب المحفوظة انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم لتضييعهم انسابهم فلا يمكن ايجاب الدية على اقرب القبائل اليهم نسبا واذا لم يمكن فقد اختلفوا

في هذه المسئلة فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وفي البزازية اذالم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى (والقاتل كاحدهم) لانه المباشر للقتل فلامعنى لاخراجه من العقل ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لايجب على القاتل شئ لانه اذالم يجب عليه الكل فلايجب عليه البعض اذاالجزء لايخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولاكذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لاينفي وجوب البعض (وان كان) اي القاتل (ممن) اي (قوم يتناصرون بالحرف) جمع حرفة (اوبالحلف) بكسر الحاء وهو التحالف على التناصر (فعلى اهل حرفته او) اهل (حلفه) لمابينهم من التناصر (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (و) عاقلة (مولى الموالاة مولاه وعاقلته) يعني ان كلا من المعتق ومولى الموالاة عاقلته مولاه وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ولقوله عليه السلام مولى القوم منهم وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي (وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه) لان نسبته اليهم فينصرونه (فان ادعاه ابوه بعد ماعقلوا) اي عاقلة الام (عنه) اي عن ولد الملاعنة (رجعوا على عاقلته) اي عاقلة الاب (بماغرموا) في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية لم تكن واجبة عليهم لانه لما اكذب الاب نفسه ظهر ان النسب كان من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لامن وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا (وانما تعقل العاقلة ماوجب بنفس القتل) وهو مايجب بالخطاء اوشبه العمد اوالسبب (فلاتعقل جناية عمدولاجناية عبد ولامالزم بصلح اواعتراف) لماروى ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا اليه صلى الله عليه وسلم انه قال لاتعقل العواقل عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولامادون ارش الموضحة ولانه لايتناصر بالعبد والاقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور ولايته عليهم وارش الموضحة نصف العشر ولان تحمل العاقلة تحرزا عن الاجحاف بالخاطئ ولااجحاف في القليل (الاان يصدقوه) اي العاقلة المعترف فيما اقر به لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقدزال (ولا) تعقل العاقلة (اقل من نصف عشر الدية) وتحمل نصف العشر فصاعدا لماسر من قوله عليه الصلاة والسلام لاتعقل العاقلة عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولامادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان

الا يجب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في القليل دون الكثير فلهذا اوجبنا الكثير على العاقلة والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون في مال الجاني ( بل ذلك ) اى الاقل من نصف عشر الدية ( على الجاني ) والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما في ان لا يجب شئ على العاقلة كما في ضمان المال لكننا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين في الايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضي بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس كذا في الكافي ( ولا تدخل النساء والصبيان في العقل ) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف النصرة والجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شئ عليهما من الدية لان وجوب جزء من الدية على القاتل انما هو باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما وفي التبيين وهذا صحيح اذا قتله غيرهما واما اذا باشرا القتل بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل ما صحيح انه كواحد من العاقلة انتهى ( ولا يعقل مسلم عن كافر وبالعكس ) اى لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر ( ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة ) لان الكفر ملة واحدة ( ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى ) فان العداوة فيهما ظاهرة ولا يعقل بعضهم بعضا لعدم التناصر لظهور العداوة بينهم هكذا روى عن ابي يوسف ( وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين ) من يوم يقضى عليه كما في حق المسلم لما ان الوجوب على القاتل وانما تحول عنه الى العاقلة لو كانت موجودة فاذا لم توجد كانت الدية عليه ( والمسلم ) اذا لم تكن له عاقلة ( تعقل عنه بيت المال ) لان الدية تجب بالنصرة وجماعة المسلمين يتناصرون ( وقيل ) المسلم ( كالذمي ) تجب الدية في ماله اذا لم تكن له عاقلة ( وان جنى حر على عبد خطاء فعلى العاقلة ) لانه ضمان الادمي فتجب على العاقلة اذا كان القتل خطاء قياسا على الحر وقال الشافعي في قول تجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف في اطراف العبد ان ضمانها لا يجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا يعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة فلا تحمل عن العاقلة عواقلهم وكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه والاصل في ذلك قوله عليه الصلوة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا

## ( كتاب الوصايا )

لايخفى ظهور مناسبة ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب لان آخر احوال الادمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات والجناية قد تفضى الى الموت الذى وقتبه وقت الوصية والوصية فى الاصل اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية كما فى العناية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها اودين (الوصية) فى الشرع (تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا اومنفعة وسببها ان يذكر بالخير فى الدنيا ونيل الدرجات العالية فى العقبى ومن شرائطها كون الموصى اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصى مالاقابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لاتصح فيما زاد على الثلث ومنها كون الموصى له اجنبيا حتى لاتجوز الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان ومايجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففى حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فاذكره فى المتن بقوله (وهى مستحبة بمادون الثلث ان كان الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم) لانه تردد بين الصدقة على الاجنبى والهبة بالترك للقريب والاول اولى لقوله عليه السلام اوصدقة يبتغى بها رضاء الله تعالى (والا) اى وان لم تكن الورثة اغنياء ولايستغنون بانصبائهم (فتركها) اى الوصية (احب) لمافيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه حق الفقير والقرابة جميعا (ولاتصح) الوصية (بمازاد على الثلث) لقوله عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال جاء رسول الله عليه السلام يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وانا ذومال ولايرثنى الاابنة لى افاتصدق بثلثى مالى قال لاقلت فالشطر يارسول الله قال لاقلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير اوكبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس (ولايصح) الوصية (لقاتله) اى المورث (مباشرة) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل وقيد بقوله مباشرة احترازا عن القتل تسبيا فانه لايمنع صحة الوصية لعدم تناوله النص (ولا لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الالاوصية لوارث ولان بقية الورثة يتأذون بايثار بعضهم ففى تجويزه قطيعة الرحم (الاباجازة الورثة)

استلزام تقدم من عدم الصحة بما زاد على الثلث وعدم صحة الوصية للقاتل ووارثه يعني لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولا للوارث في حال من الاحوال الا في حال اثباتها باجازة الورثة فتصح لان عدم الجواز كان لحقهم فيجوز باجازتهم والمروي ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز وصية لوارث الا ان يشاء الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه فقط ولا تعتبر اجازة الورثة في حال حيوة الموصي حتى كان لهم ان يردوا بعد موت الموصي (وتصح) الوصية (بالثلث) للاجنبي (وان لم يجيزوا) لقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم او قال حيث احببتم والاجماع على ذلك (وتصح الوصية من المسلم للذمي وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات والتبرعات حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحيوة وكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز كذا في الكافي وفيه بأمل واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لانه ولاية تمليك المال في حيوته فكذا بعد مماته خلافه لا فرق بين وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المسلم انما منع من الوصية بما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم فلذلك لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كما في شروح الجامع الصغير (وتصح) الوصية (للحمل وبه) اي بالحمل (ان كان بينها) اي بين الوصية (وبين ولادته) اي الحمل (اقل من ستة اشهر) من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالارث ولهذا لا يحتاج الى القبض والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لان فيها معنى التمليك بخلاف الارث فانه استخلاف مطلق وبخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا فان قيل ان الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح قلنا الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط القبول اذا لم يمكن عملا بالشبهين واما الثاني فانه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر ان الوصاية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت اذا اتت

بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت ( ولا تصح الهبة له ) اى للحمل لما ان الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلى عليه احد حتى يقبض عنه ( وان اوصى بامه ) اى ام الحمل ( دونه ) اى الحمل ( صحت الوصية والاستثناء ) لان اسم الامة وان لم يتناول الحمل لفظا لكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فكان ينبغى ان لا يصح الاستثناء لانه اخراج ما تناوله المستثنى منه قلنا كفى بحدته التزى بزيه كما فى استثناء ابليس من الملائكة على القول بانه من الجن على ان صحة الاستثناء لا يفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه غاية الامر انه يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن حيث لم يدخل تحت اللفظ ( ولا بد فى الوصية من القبول ) لان الايصاء تمليك فلا بد من القبول ( ويعتبر ) القبول ( بعد موت الموصى ) لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى ( ولا اعتبار للرد والقبول فى حيوته ) اى حيوة الموصى كما اذا قال لامرأته طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها باطل قبل الغد ( وبه ) اى بالقبول ( تملك الوصية ) ولا تملك قبله لان الوصية اثبات ملك جديد ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختيار ( الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول فانه ) اى الموصى له ( يملكها ) اى الوصية ( وتصير لورثته ) اى ورثة الموصى له ولا حاجة الى القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما تقرر ان احدا لا يقدر على اثبات الملك لغيره بدون اختياره فصار كموت المشترى قبل القبول بعد ايجاب البايع ووجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى وقد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة ( ولا تصح ) الوصية ( من صبى ولا مكاتب وان ترك وفاء ) اما عدم صحة الوصية من الصبى فلانه تبرع كالهبة والصدقة وذلك لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره الا يرى انه لا يعتبر عقله فى حق الطلاق او العتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل الوضع وان كان يتفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال واما وصية المكاتب فعلى ثلثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما

اذا اضاف الوصية الى ما علكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة اوغيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك ان وجد له حقيقة والثابت بطريق الضرورة لا يظهر فى حق نفاذ الوصية وقسيم يخلص فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة (والوصية مؤخرة عن الدين) لان اداءه فرض والوصية تبرع فيبدأ بالفرض (ولا تصح) الوصية (ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرأه الغرماء) فتصح لزوال المانع وهو بقاء الدين فاذا ابرأه الغرماء نفذت الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها (وللموصى ان يرجع فى وصيته) لانه تبرع فيجاز رجوعه عنها كالهبة ولان قبول الوصية بعد الموت فيجاز له الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر التصرفات ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة ولهذا قال (قولا) كان يقول رجعت عن وصيتى (او فعلا) وهو ما فسره بقوله (يقطع) صفة فعلا (حق المالك فى الغصب) اى فى المغصوب كقطع الثوب او خياطته (او يزيل ملكه كالبيع والهبة) فانه اذا باع الموصى به او وهبه كان رجوعا دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح فقام الفعل للفصل المذكور مقام القول (وان) وصلية (اشتراه) اى الموصى به (او رجع) فى الهبة (بعد ذلك) اى بعد ما ذكر من البيع والهبة وزوال الملك ولا يجوز تملكه ثانيا بالشراء او الرجوع (او يوجب) معطوف على قوله يقطع الواقع صفة لفعلا اى له ان يرجع عن وصيته بان فعل فعلا يوجب (فى الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الا بها) اى تلك الزيادة (كلت السويق بسمن والبناء فى الدار والحشو بالقطن وقطع الثوب وذبح الشاة رجوع) فقوله والبناء فى الدار والحشو بالقطن يجوز ان يكونا معطوفين على لت السويق وقوله وقطع الثوب مبتدأ خبره قوله رجوع ويجوز ان يكون المبتدأ هو قوله والبناء وما عطف عليه والخبر هو رجوع والاول هو الاظهر لانه نبه على امتناع التسليم واما قطع الثوب وذبح الشاة فلبنائه على الاستهلاك وكون ذلك الفعل يدل على انه يريده للصرف الى حاجته فتبطل به الوصية ويكون رجوعا (لا غسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها) فانه ليس برجوع لان ذلك ليس بتصرف فى نفس ما وقعت الوصية به ولانه تصرف فى البناء والبناء تبع والتصرف فى التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف فى التابع (والجحود ليس برجوع عند محمد خلافا لابى يوسف) قال فى الجامع الكبير ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا وذكر فى المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر فى الجامع محمول على

ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لايكون رجوعا على الروايات كلها وماذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ماذكر في الجامع قول محمد وماذكر في المبسوط قول ابي يوسف وهو الاصح لابي يوسف ان الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفيها في الماضي والحال فهذا اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الرجوع عن الشئ يقتضي سبق وجود ذلك الشئ وجحود الشئ يقتضي سبق عدمه فلوكان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال ( ولاقوله اخرت الوصية ) بان قيل له اخر الوصية فقال اخرتها لايكون رجوعا لان التأخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت الوصية لان الترك اسقاط ( اوكل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام ) فانه لايكون رجوعا عن الوصية ( ولوقال ما اوصيت به فهو لفلان فرجوع ) لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى به لاخر ايضا فانه لايكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما ( الا ان يكون فلان الثاني ميتا ) حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها ( وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها ) اى بعد ماذكر من الهبة والوصية هكذا وجد في عامة النسخ بضمير التأنيث والظاهر ان تكون النسخة بعدهما اى بعد الهبة والوصية والاصل في هذا الفصل ان المعتبر كون الموصى له وارثا اوغير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لواوصى الى اخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه اذا اوصى الى اخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لماذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا اوغير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لواقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك لكون شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لايبطل اقراره لها واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لايصح كما لو اقر لاخيه المحجوب ثم مات ابنه ( وكذا اقراره ووصيته وهبته لابنه الكافر اوالرقيق ان اسلم اوعتق بعد ذلك ) اى بعد ماذكر من الاقرار والوصية والهبة اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما الاقرار فانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار

الشهيد متعلق بقوله وصايا (وهبة المقعد) وهو العاجز عن المشي لداء في رجليه (والمفلوج) الفالج داء يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية (والاشل) وهو الذي في يده ارتعاش وحركة (والمسلول) وهو الذي يكون به مرض السل وهو قرح في الرية تعتري صاحبه (من كل ماله ان طال) مدة مرضه وقدروه بالسنة (ولم يخف موته منه) اي من المرض (والا) اي وان لم يطل مدة مرضه وخيف موته منه (فمن ثلثه) اي ثلث ماله يعني ان من كان مبتلى بواحد من هذه الامراض وتصرف بشيء من الهبات ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المرض مرض الموت فيعتبر تبرعاته من ثلث ماله وان مات بعد تمام السنة من حين تبرعه تبين انه لم يكن مرضا مرض الموت لانه اذا لم يمت في حصول السنة الاربعة التي كل واحد منها مظنة الهلاك صار المرض يعتز له طبع من طبايعه ويخرج صاحبه من احكام المرضى حتى لا يشتغل بالتداوي كما في الدرر وفي البزازية والمريض الذي يكون تصرفه من الثلث ان يكون ذا فراش بحيث لا يطيق القيام لحاجته ويجوز له الصلوة قاعدا ويخاف عليه الموت كالفالج او صار مزمنا او يابس الشق لا يكون له حكم المرض الا اذا تغير حاله عن ذلك ومات من ذلك التغير فقبل في حال التغير من الثلث قال الفضلي مرض الموت ان لا يخرج الى حوائج نفسه وعليه اعتمد في التجريد انتهى

## ( باب الوصية بثلث المال )

لما كان انتهى مايدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب (ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز وارثه) ذلك (قسم الثلث بينهما نصفين) يعني اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل قبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد مايدل على الرجوع عن الاولى (ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللآخر بسدسه) ولم يجز الورثة (فقسم) الثلث بينهما (اثلاثا) بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسم على قدر حقهما بان يجعل الثلث ثلثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (ولو) اوصى (لاحدهما بثلثه وللآخر بثلثيه او بنصفه او بكله) ولم يجز الورثة (فنصف الثلث بينهما) عند الامام لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم يجزها

الورثة تكون باطلة فكأنه اوصى بثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور ( وعندهما يثلث ) الثلث ( في الاول ) اي في وصيته للاخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان ( ويخمس ) الثلث ( بخمسين وثلثة اخماس في الثاني ) اي في وصيته الاخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام ( ويربع ) الثلث ( في الثالث ) اي في وصيته الاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه بين الامام وصاحبيه والى هذا اشار بقوله ( ولايضرب ) على صيغة المبني للمفعول ( للموصى له بما زاد على الثلث عند الامام ) قال في شرح الوقاية المراد بالضرب الضرب المصطلح عند الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند الامام سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فينصف الثلث بينهما في الصور الثلاث كلها وعندهما يقسم الثلث في الصورة الاولى على ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة في الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث ( الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ) اما المحاباة فصورتها انه اذا كان عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لكونها في حالة المرض فان لم يكن للموصى مال غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الامام وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة واما السعاية فصورتها ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي واما الدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما فصورتها ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا ( وتبطل الوصية

بنصيب ابنه ) يعني لو اوصى بنصيب ابنه من ميراثه لغيره بطلت لان ما هو حق الابن لا يصح ان يوصى به لغيره لما فيه من تغيير ما فرض الله تعالى ( وتصح الوصية ( بمثل نصيب ابنه ) اذ لا مانع منه لان مثل الشيء غيره سواء كان له ابن موجود او لا كما في العناية وقال زفر كلاهما صحيحان لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير مع انه يجوز ان يكون على تقدير المضاف وهو مثل وهذا شائع قال الله تعالى واسئل القرية اي اهلها ( فلو كان له ابنان ) فاوصى بمثل نصيب ابنه لآخر ( فللموصى له الثلث ) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف ووجه ما في المتن انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وحاصله ان يجعل الموصى له كاحدهما ( وان كان له ثلاثة بنين ) واوصى بمثل نصيب ابنه لآخر ( فالربع ) على هذا القياس ( وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين ) مفوض ( الى الورثة ) فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تبطل بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه ( وان ) اوصى ( بسهم ) من ماله ( فالسدس ) عند الامام ( وعندهما مثل نصيب احدهم ) اي احد الورثة ( الا ان يزيد ) النصيب ( على الثلث ولا اجازة من الورثة ) وسوى في الكنز بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن الامام ان السهم عبارة عن السدس وروي مثل ذلك عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وفي المجمع ولو اوصى بسهم من ماله فله احسن السهام يعني عند الامام ولا يزاد على السدس لان مخرج السدس اقل المخارج ولا يجاوز عنه كما في الاقرار وهذا اشارة الى جواب سؤال وهو ان يقال ان احسن الايصاء الثلث والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس وقد اجاب عنه في العناية بان جعله بمعناه بما ورد من الاثر واللغة اما الاثر فروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروي ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس قالوا ان المشايخ هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء فالتعيين فيه مفوض الى رأي الورثة ( وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله ) بان قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالي لفلان ( واجازوا ) اي الورثة ( فله الثلث ) لكون السدس داخلا في الثلث ولا يتناول اكثر من الثلث ( وان ) اوصى ( بسدسه لفلان ثم بسدسه له فله ) اي للموصى له ( السدس ) الواحد ( سواء اتحد المجلس او اختلف ) هذا قيد للمسئلتين معا وانما كان له السدس في هذه الصورة لان المعرفة اذا اعيدت معرفة

كانت الثانية عين الاولى كما تقرر فى الاصول وكما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب العسر يسرين وههنا سؤال ذكره صدر الشريعة ولم يجب عنه وهو ان قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهو ممتنع واجاب عنه صاحب الدرر بانا نختار انه انشاء وانما لم يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مداول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث فى الكلام شايع وضم الشايع الى الشايع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر مقدما كان او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا الشايع وضم السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة فى العدد ولا يتناول اكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان برا مستأنفا لا اجازة وفى العناية فان قيل فاى فائدة فى قوله اذا اجازت الورثة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث و يحتمل انه اراد ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى ( ولو اوصى بثلث دراهمه اوثلث غنمه اوثلث ثيابه وهى ) اى الثياب ( من جنس واحد فهلك الثلثان وبقى الثلث فله الباقى ان خرج من الثلث ) اى من ثلث ما بقى من ماله وهو الجميع من الباقى وقال زفر له ثلث الباقى ( وكذا كل مكيل وموزون ) اى اذا هلك الثلثان فللموصى له ثلث الباقى وفى التسهيل اشارة الى انه يشترط ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد ( وان ) اوصى ( بثلث ثيابه وهى متفاوتة ) اى ليست من جنس واحد ( فهلك الثلثان فله ثلث ما بقى ) من الثياب لاختلاف الجنس ( وان اوصى ( بثلث عبيده ) فهلك الثلثان ( وكذلك ) اى يكون له ثلث ما بقى من العبيد عند الامام بناء على ان الظاهر هو اختلاف اجناسهم للتفاوت بين افرادهم فلا يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ( وعندهما فله كل الباقى ) لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوتت افرادهم فى الظاهر وهذا الخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعند الامام يقسم كل عبد على حدة فما هلك يهلك على الاشتراك بين الموصى له و بين الورثة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة ( وقيل انهما يوافقان ) الامام فى العبيد فقط فلا خلاف بينهم فى ان له ثلث ما بقى ( والدواب كالعبيد ) اختلافا واتفاقا ( وان اوصى بالف وله عين ودين فهى عين ان خرجت الالف من ثلث العين ) فان كان له ثلاثة آلاف وهى نقد

اوصين فيتهما ثلاثة آلاف درهم فيدفع له الالف لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه (والا) اى وان لم تخرج الالف من ثلث العين بان كان النقد ايضا الفا والدين قيمتها الف مثلا (دفع ثلث العين) للموصى له بالالف (و) دفع للموصى له (ثلث ما يستوفى من الدين الى ان يتم) الالف لان الموصى له شريك الوارث فلو خصصناه بالعين لبخسنا فى حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلقا والدين مال فى المآل لا فى الحال وكان تعديل النظر من الجانبين فيما قلنا (وان اوصى بالثلث من ماله لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله) اى الثلث (للحى) لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو اهلها وعن ابى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه ح يكون لغوا فكان راضيا بكل الثلث للحى (وان قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف) اى نصف الثلث (للحى) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم (وان اوصى بثلث ماله ولا مال له) عند الوصية (فاكتسب) الموصى مالا بعد الوصية (فله) اى للموصى له (ثلث ماله عند الموت) لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله (وان) اوصى (بثلث غنمه ولا غنم له) اصلا (او كان له) غنم (فهلك قبل موته) اى الموصى (بطلت) الوصية لما مر انها ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت (وان استفاد) الموصى غنما ثم مات صحت وصيته فى) القول (الصحيح) لانها لو كانت بلفظ المال تصح وكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل موته فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت وانما قال فى الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة العين (وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله) اى للموصى له (قيمتها) اى الشاة لانه لما قال من مالى دل على ان غرضه الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال (وتبطل) الوصية (او) اوصى (بشاة من غنمه ولا غنم له) لانه لما قال من غنمى دل على ان غرضه عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية (وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن) اى امهات اولاده (ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن) اى لامهات اولاده (ثلاثة اخماسه ولكل فريق) من الفقراء والمساكين (خمس) عند الشيخين (وعند محمد) لامهات اولاده (ثلاثة اسباعه) فيقسم على سبعة اسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولامهات اولاده

ثلاثة اسهم وضعه ان الوصية للفقراء والمساكين تتناول الواحد منهم عند
الشيخين لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا يحل لك
النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل فيتعين الواحد وعند محمد انها تتناول
الجمع وادناه اثنان فتصاعدا فى الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها
ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر وانهما جنسان
بدليل عطف احدهما على الآخر فى النص ومقتضاه المغايرة فيصير عدد
المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة كما فى الكافى ( وان اوصى بثلث ماله لزيد
وللفقراء فله ) اى لزيد ( نصفه ) اى نصف الثلث ( ولهم ) اى للفقراء
( ثلثاه ) اى ثلثا الثلث ( وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك
معهما فله ) اى لبكر ( ثلث ما ) استقر ( للكل ) واحد من زيد وعمرو
من المائة لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء
فى الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل فى الاولى لاستواء
المالين فيأخذ من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل
واحد منهما ثلثى المائة ( ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو ) ثم قال
لبكر اشركتك معهما ( فلبكر نصف ما لكل منهما ) لانه لا يمكن المساواة
بين الكل هنا لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل منهما بانصافه
فأخذ النصف من كل واحد من المالين وفى المنح ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر
بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة
كانت له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله
ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند الامام نصف كل واحدة منهما بناء
على ما تقدم من انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون الجنسان مختلفين وهما يريانها
فصار كالدراهم المتساوية انتهى ( وان قال لفلان على دين فصدقوه )
على صيغة الامر ( فانه يصدق الى الثلث ) اى اذا ادعى المقر له الدين اكثر من الثلث
وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف حكم
الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة ولان قوله لفلان على دين اقرار بالمجهول
والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقد فات
وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط
بمقدار الثلث بان يوصى له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بمجهول والمرء
قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى
فى فكاك رقبته بهذا الطريق فيحصل وصيته فى حق التنفيذ وان كان دينا فى حق
المستحق وحول التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق فى الثلث دون الزيادة

(فان اوصى مع ذلك الاقرار بمجهول بوصايا عزل الثلث لهم) اى لارباب الوصايا (والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم (ويقال لكل) من الموصى لهم والورثة (صدقوه) اى فلانا المقر له (فيما شئتم) الا ان هذا دين فى حق المستحق بالاقرار الا انه وصية فى حق التنفيذ من الثلث فاذا اقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شائعا فى الصنفين فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا (يؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به) وما بقى من الثلث لهم (والورثة بثلثى ما اقروا به) تنفيذا لاقرار كل فريق فى قدر حقه (ويحلف كل) من اصحاب الوصايا والورثة (على العلم ان ادعى) المقر له (الزيادة على ما اقروا) ومعنى قوله على العلم اى على عدم العلم بما ادعاه المقر له من الزيادة على اقرارهم والحاكم تحليفا لانه تحليف على فعل الغير قال الزيلعى هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه فى اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى ايديهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى (وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها) اى نصف العين (ولا شئ للوارث) لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فى الآخر بخلاف ما اوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا (وان اوصى لكل واحد من ثلاثة بثوب وهى) اى الثياب المدلول عليها بثوب لكل واحد (متفاوتة) جيد ووسط وردى (وضاع ثوب) من هذه الثياب (ولم يدر ايها) اى الثياب (هو) اى الضائع (و) الحال ان الورثة (تقول لكل) من الثلاثة (هلك حقك بطلت الوصية) لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل الوصية وكذا تبطل الوصية اذا قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ندرى من هو فلا ندفع الى كل منكم شيئا كذا فى العينى (فان سلموا) اى الورثة (ما بقى) من الثياب (فلذى الجيد ثلثا جيدهما ولذى الردى ثلثا رديهما ولذى الوسط ثلث كل منهما) اى من الجيد والردى واعلم ان حق صاحب الجيد فى الجيد لانه لا حق له فى الردى بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان هو الجيد الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضائع بان كان هو الاجود فكان نصف وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى والتساوى حق صاحب الردى لانه لا حق له فى الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه فى الردى

بان كان هذا الردى الاصلى ويحتمل ان يكون حقه فى الضايع ان كان هو الاردأ فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه اولى واذا تعين حق الآخر فى ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صاحب الجيد ثلثى الجيد وصاحب الردى ثلثى الردى ولم يبق الاثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان الضايع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون فى الردى بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته فى محل يحتمل ان يكون حقه كذا فى الهداية ( وان وصى ببيت معين من دار مشتركة ) يعنى اذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه من تلك الدار لرجل آخر ثم مات الموصى ( قسمت ) الدار ( فان خرج ) ذلك ( البيت فى نصيب الموصى فهو ) اى البيت ( للموصى له ) عند الشيخين ( وعند محمد له ) اى للموصى له ( نصفه ) اى نصف البيت ( والا ) اى وان لم يخرج البيت فى نصيب الموصى ( فله ) اى للموصى له ( قدر زرعه ) اى ذرع البيت عند الشيخين ( وعند محمد له قدر نصف زرعه ) لانه اوصى بملكه وملك غيره لكون الدار مشتركة فتنفذ وصيته فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه فان ملكه لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه فاذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها فى البدل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية جميعه ومعنى المبادلة فى القسمة تابع والمقصود تكميل المنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت ( والاقرار كالوصية ) يعنى اذا اقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع فى نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع فى نصيب الغير ( وقيل لا خلاف فيه ) اى فى الاقرار ( لمحمد ) بل هو موافق للشيخين ( وهو ) اى عدم الخلاف بين محمد والشيخين هو ( المختار ) والفرق لمحمد على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية ( وان اوصى بالف عين من مال غيره

ولو ردها ) اي لو رد الاب ( اجازته بعد موت المريض والمسئلة بحالها ( صح ) رده لانه تبرع بمال المريض فيتوقف على اجازة غيره فاذا اجاز كان منه ابتداء تبرع
فله ان يمنع من التسليم كسائر التبرعات ( بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على
الثلث ) فانه ليس لهم ان يمنعوا من التسليم بعدها لان الوصية في نفسها صحيحة
لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ
من جهة الموصي ( وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه )
اي المقر ( دفع ثلث نصيبه ) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده
قياسا لان باقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطائه النصف
ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وجه الاستحسان انه
اقر له بثلث شائع في كل التركة فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه
ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر من ذلك ولانه لو اخذ نصف ما في يده لزاد حقه
على الثلث لانه ربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه
كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث
فيكون رب الدين احق منه بما في يده واما الموصى له فهو شريك الوارث
فصار مقرا بانه شريكه وشريك اخيه في الثلث فلم يسلم له شيء الا ان يسلم للوارث
مثلاه وفي العمادية ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد ابنيه قال الفقيه ابو الليث
الاختيار عندي ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والحسن البصري
وابن ابي ليلى وسفيان الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر
وقال بعض المشايخ ويؤخذ من حصة المقر جميع الدين وبه يفتى اليوم لكن قال
مشايخنا هنا زيادة شيء لا بد منها في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره
فبمجرد اقراره لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه ونظير تلك
المسئلة ذكرت في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو
ورجل ان الدين كان على الميت فانها تقبل وتسمع شهادة المقر فلو كان الدين
يحل في نصيبه بمجرد اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من الغرم قال صاحب
الزيادات وينبغي ان تحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى ( وان اوصى
بامة فولدت بعد موته ) اي الموصي ( فهما ) اي الامة وولدها ( للموصى له
ان خرجا من الثلث ) لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين
كان متصلا بالام فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على
حكم ملك الميت قبلها حتى تقضي ديونه وتنفذ منها وصاياه فدخل الولد
في الوصية فيكونان للموصى له ( والا ) اي وان لم يخرجا من الثلث ( اخذ

الموصى له الثلث منهما ) اى من الام ( ثم ) اخذ ( منه ) اى من الولد فيأخذ الموصى له ما يخص الثلث من الام اولا فان فضل شئ يأخذه من الولد عند الامام ( وعندهما يأخذ منهما ) اى من الام والولد ( على السواء ) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم فى الاخذ من الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولا يجوز نقص الاصل بالتبع وفى جعل الولد شريكا معها نقص الوصية بالام ولا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق فى الولد لا ينقض شيئا فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا بأس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم تدخل تحت الوصية وبقى على حكم الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا كذا فى الكافى

## ( باب العتق فى المرض )

الاعتاق فى المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مفروضة افرده بييان على حدة واخره عن صريح الوصية لانه الاصل ( العبرة لحال التصرف فى التصرف المنجز ) وهو الذى اوجب حكمه فى الحال كانت حر واوهبتك ( فان كان ) التصرف المنجز ( فى الصحة فمن كل المال وان ) كان ( فى مرض الموت فمن ثلثه ) اى ثلث المال والمراد بالتصرف الذى هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال والنكاح فى المرض يكون المهر فيه من كل المال ( و ) التصرف ( المضاف الى الموت ) وهو ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتى اوهذا لزيد بعد موتى ( يعتبر من الثلث وان ) كان هذا التصرف ( فى الصحة ) فالمعتبر ليس حالة العقد بل حالة الموت ( ومرض صح ) صفته ( منه ) اى من المرض ( كالصحة ) فقوله مرض مبتدأ خبره قوله كالصحة وانما كان كالصحة لان حق الغرماء والورثة لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض موت فلا يكون لاحد حق فى ماله فله التصرف فيه

كما شاء (والتحرير في مرض الموت والمحاباة) وهي ان يبيع عبدا قيمته مائتان
بمائة مثلا (والكفالة والهبة وصية) اى كالوصية ووجه الشبه قوله
(في اعتباره من الثلث) اى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر
من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لانها وصية حقيقة لان الوصية
ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال (فان حابى وحرر وضاق
الثلث عنهما) اي عن العتق والمحاباة (فالمحاباة اولى) اى تقدم على العتق
هذا (ان قدمت) المحاباة على العتق (وهما) اى العتق والمحاباة (سواء
ان اخرت) المحاباة بان اعتق عبدا قيمته مائة ثم باع عبدا قيمته مائتان بمائة
ولا مال له سواهما قسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فيعتق نصف العبد
ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وهذا
عند الامام وقالا هما سواء في المسئلتين له ان المحاباة اقوى لانه في ضمن عقد
المعاوضة لكن ان وجد العتق اولا وهو لا يحتمل الدفع زاحم المحاباة وهما يقولان
ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا اعتبار للتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق
(وان اعتق بين محاباتين) بان حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث (فنصفه)
الثلث (للاولى) اى للمحاباة الاولى (ونصفه) الثلث (بين العتق و)
المحاباة (الاخيرة) لان العتق مقدم على الاخيرة فيستويان وفي الهداية اذا حابى
ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم
ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان
قال في العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية
مساوية للعتق المقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض
الدليل المذكور من جانب الامام والجواب ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة
القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه انتهى لكن يرد
عليه ان المساوي للمساوي للشيء مساو لذلك الشيء فيعود المحذور اللهم الا ان يقال
ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة ومساواة الثانية للعتق المقدم من جهة
اخرى وحيث انفكت الجهة اندفع المحذور وان حابى بين عتقين بان اعتق ثم
حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة ونصف الثلث للعتقين بان قسم الثلث
بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني هذا عند
الامام وعندهما العتق اولى في الجميع لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه
بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ (وان اوصى بان يعتق عنه) بهذه المائة
عبد (فهلك منها درهم بطلت الوصية) عند الامام (وعندهما يعتق)

عنه عبد ( بالباقي ) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على الوصية بالحج ولو كان مكان العتق حج حج بالباقي اجماعا وله ان وصيته بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لايجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي قال الزيلعي قيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لاتقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره ( وتبطل ) الوصية ( بعتق عبده او جنى بعد موت سيده فدفع بها ) اي بالجناية لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع وبالدفع يزول ملكه فاذا خرج عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته بالدين ( وان فدى ) اي العبد بان اعطى الورثة الفداء لولى الجناية بمقابلة العبد ( فلا ) تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وانما جازت الوصية ح لان العبد بريء من الجناية فصار كانه لم يجن ( ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة ) اي صحة الموصى ( و ) ادعى ( الوارث عتقه في المرض فالقول للوارث ) مع اليمين وصورة المسئله اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الموصى اعتق هذا العبد لكن قال الموصى له اعتقه في الصحة لئلا يكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في المرض ليكون وصية فالقول قول الوارث مع يمينه ( ولا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته ) اي العبد ( او يبرهن ) زيد على دعواه وهو عتقه في الصحة فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فلا يثبت الاستحقاق لزيد بلا برهان فان لم يبرهن حلف الوارث انه لم يعلم ان مورثه اعتقه في الصحة وانما كان القول للوارث لان العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من اقرب الاوقات للتيقن بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لامزاحم له او تقوم البينة ان العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم البينة انما تقبل من خصم والعتق حق العبد عنده ولكنه اي الموصى له بالثلث خصم في اقامتها لاثبات حقه ( ولو ادعى رجل على الميت دينا و ) ادعى ( العبد اعتاقه في صحته وصدقهما الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع

الى الغريم ) عند الامام ( وعندهما لا يصح ) لهما ان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا لتصديق الوارث فى كلام واحد فكانهما وقعا معا والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه فى المرض يعتبر من كل المال والاقرار بالعتق يعتبر من الثلث فيجب ان يبطل العتق لكنه لا يحتمل البطلان فيبطل معنى بايجاب السعاية عليه ولان استناد العتق الى الصحة انما يصح اذ لم يوجد شغل الدين وقد وجد الدين هنا فمنع الاستناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لى على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذى تركه ابوك كان وديعة لى عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم تظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما اذا اقر بالوديعة ثم بالدين وقالا الوديعة احق لانها تثبت فى عين الالف والدين يثبت فى الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق وصاحبها احق كما لو كان الوارث حيا وقال صدقتما وذكر فى الهداية فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ماذكرنا اولا وبه ينطق شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة كذا فى الكافى ( وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض ) كالحج والزكوة والكفارات ( وان اخرها ) اى الموصى الفرائض ( فى الذكر ) لان الفرض اهم من النفل ( فان تساوت الوصايا فى الفرضية اوغيرها ) بان كان جميعها نفلا ( قدم ماقدمه الموصى ) لان الظاهر من حال الموصى انه يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ( وقيل ) ان تساوت فى الفرضية ( تقدم الزكوة على الحج ) وهو ما ذكره الطحاوى ( وقيل بالعكس ) قال فى الكافى واختلفت الروايات عن ابى يوسف فى الحج والزكوة وقال فى احدى الروايتين يبدأ بالحج وان اخره لان الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج اقوى فيبدأ به وروى عنه انه تقدم عليه الزكوة بكل حال لان حق الفقير ثابت والحج تمحض حقا لله تعالى فكانت الزكوة اقوى ( ويقدم الحج والزكوة على الكفارات فى القتل والظهار واليمين ) لرجحانهما عليها تحقيقا فيهما الوعيد ما ليس فى الكفارة قال الله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما ( و ) تقدم ( الكفارات على صدقة الفطر ) لورود القرآن بوجوبها بخلاف صدقة الفطر ( و ) تقدم ( صدقة الفطر على الاضحية ) للاتفاق فى وجوبها والاختلاف فى وجوب التضحية وما هو متفق على وجوبه اولى

بالتقديم وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها ( وان اوصى بحجة الاسلام احجوا ) اى الورثة ( عنه ) اى عن الموصى ( رجلا من بلده ) الذى يحج ذلك الرجل عنه حال كونه ( راكبا ) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب الاحجاج عنه على الوجه الذى لزمه ( ان وفت النفقة ) للاحجاج من بلده راكبا ( والا ) اى وان لم تف النفقة ( فمن حيث تفى ) النفقة وفى القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فتنفذ ما امكن ( وان خرج حاج فمات فى الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده ) عند الامام وزفر لان عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان فى هذا المعنى كخروجه للتجارة اذا مات يحج عنه من بلده فكذا هنا ( وعندهما من حيث مات استحسانا ) لان السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله ولم ينقطع بموته فيكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ( وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق ) فيحج عنه ثانيا من وطنه عند الامام وعندهما من حيث مات

## ( باب الوصية للاقارب وغيرهم )

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان المذكور فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين والمذكور فيما تقدم احكامها على العموم والخصوص ابدا تابع للعموم ( جار الانسان ملاصقه ) قدم الوصية للجار على الوصية للاقارب تبعا لما فى الهداية وكان حق الكلام ان يقدم الوصية للاقارب على الوصية للجار نظرا الى ترجمة الباب واجاب عنه فى العناية بان الواو لا تدل على الترتيب وان التقديم فى الذكر اهتماما بامر الجار ثم ان حمل الجار على الملاصق هو مذهب الامام وهو القياس وقد حمل عليه قوله عليه الصلوة والسلام الجار احق بصقبه ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة اذا كان ملاصقا ( وعندهما ) جار الانسان ( من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها ) اى مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا

عرفا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر
بكل من سمع النداء ولان الى الجوار والجار لا يختص بالملاصق بل يراد المقابل
مقصود بكر الملاصق غير انه لابد من نوع اختلاط فاذا جمعهم مسجد واحد فقد
وجد الاختلاط واذا اختلفا في المسجد زال الاختلاط وقال الشافعي الجوار
الى اربعين دارا قلنا هذا الحديث ضعيف طعنوا في روايته ( ويستوى فيه )
اى لفظ الجار ( الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى ) والصغير
والكبير كذلك وانما دخل المذكورون في لفظ الجار لصدقه عليهم لغة وشرعا
ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان معنى هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما
لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب فانه لا يملك
ما في يد العبد الا ترى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف
القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضافة اليها ولا تدخل
التي لها بعل لان سكناها غير مضافة اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا مطلقا
( وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته ) لانه عليه الصلاة والسلام لما تزوج
صفية اعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار
النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله تعالى
وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وفي الكافي وانما يدخل
في الوصية من كان صهرا للموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت
او معتدة عنه بطلاق رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصى والمرأة
في نكاحه وعدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعي
لا يقطع النكاح وان كانت في عدة من طلاق بائن او ثلاث لا يستحقها لان انقطاع
النكاح يوجب انقطاع الصهرية انتهى ( وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه )
كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا
كل ذى رحم محرم من ازواجهن عند محمد لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم
واما في عرفنا فلا يتناول الا الازواج المحارم ( ويستوى في ذلك ) اى في الصهر
والختن ( الحر والعبد والاقرب والابعد ) لان اللفظ يتناولهم جميعا ( واقاربه
واقرباؤه وذوو قرابته وارحامه وذوو ارحامه وانسابه الاقرب فالاقرب من كل
ذى رحم محرم منه ) يعني اذا اوصى الى اقاربه او اقربائه وذوى قرابته او ارحامه
او ذوى ارحامه او انسابه تكون الوصية للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم
محرم منه ( ولا يدخل فيه ) اى في كل واحد من هذه الالفاظ ( الوالدان والولد )
ولا الوارث ويكون للاثنين فصاعدا هذا عند الامام ويستوى فيه الصغير
والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر ( وفي الجد روايتان )

وكذا في ولد الولد وفي ظاهر الرواية عن الامام انهم يدخلون وفي رواية عن الشيخين انهم لايدخلون ( وان لم يكن له ذورحم محرم منه بطلت ) الوصية عند الامام لانه تبين ان الوصية عند لعدم وم فكانت باطلة ( وتكون ) اى الوصية ( للاثنين فصاعدا ) لانها اخت الميراث والجمع في المواريث اثنان فصاعدا فكذا الوصية ( وعندهما ) يدخل في الوصية ( من ينسب اليه ) اى الى الموصى من قبل الاب اوالام ( الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم اوادرك الاسلام وان لم يسلم ) قيل يشترط اسلام الاب الاقصى وقيل لايشترط ولكن بشرط ادراكه الاسلام حتى اواوصى علوى لذوى قرابته فمن شرط الاسلام يصرف الوصية الى اولادعلى رضى الله عنه لاالى اولاد ابى طالب ومن لم يشترط يصرفها الى اولاد ابى طالب فيدخل فيها اولادعقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام ( فمن له عمان وخالان الوصية لعميه ) يعنى اذا اوصى الى اقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند الامام رحمه الله تعالى لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث ( وعندهما للكل على السواء ) فتقسم بينهم ارباعا لان اسم القريب تناولهم ولايعتبر ان الاقرب ( ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه ) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع واقله في الوصية والارث اثنان فيكون للواحد النصف و بقى النصف الاخر ولامستحق له اقرب من الخالين فكان لهما ( وان كان له عم واحد فقط فنصفها ) اى الوصية ( له ) اى للعم لانه لابد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الاخر من الثلث الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر للورثة ( وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء ) لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لوكان القريب رقيقا اوكافرا ( وعندهما الوصية للكل على السوية في جميع ذلك ) لما عرف من مذهبهما انهما لايشترطان الاقرب فالاقرب كما اشترطه الامام ( واهل الرجل زوجته ) عند الامام يعنى اذا اوصى لاهل رجل فهى لزوجته ( وعندهما ) اهل الرجل ( من يعولهم وتضمهم نفقته ) يعنى عندهما اهل الرجل من كانوا في عياله وتلزمه نفقتهم اعتبارا للعرف المؤيد بالنص وهو قوله تعالى وأتونى باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الاامرأته والمراد من كان في عياله وللامام قوله تعالى وسار باهله اى زوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا اى تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كما في الهداية ( وآله اهل بيته ) يعنى اذا اوصى لآل فلان فهى لاهل بيته فيدخل فيه كل من

ينسب اليه من آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام ولا يدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون اليه وانما ينسبون الى آبائهم ( وابوه وجده من اهل بيته ) لان الاب والجد يعدان من اهل البيت ( واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب ) لان النسب انما يكون من جهة الآباء ( وجنسه اهل بيت ابيه ) دون امه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه من كان من جهة الام ايضا لان الكل يسمون قرابة ( والوصية ) مبتدأ ( لبنى فلان وهو اب صلب ) جملة وهو اب صلب حال من المضاف اليه ( للذكور خاصة ) خبر فلا يدخل فيه الاناث لان حقيقة هذا اللفظ انما هو للذكور وهذا رواية عن الامام ( وعندهما وهو رواية ) اخرى ( عن الامام يدخل فيه الاناث ايضا ) اى كالذكور ودخول الاناث فى بنى فلان اما تغليب او مجاز بارادة الفروع ( و ) الوصية ( لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين ) لان الاسم مشتق من الوراثة فاذا بان قصده التفضيل وهى فى اولاد المورث للذكر مثل حظ الانثيين وكانت الوصية كالميراث من حيث ان التنصيص على الاسم المشتق دل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق ( واو ) اوصى ( لولد فلان للذكر والانثى على السواء ) لان الولد ينتظم الكل ( ولا يدخل اولاد الابن عند وجود اولاد الصلب ) لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب وتدخل فيه الاناث حتى اذا كان له بنات صلبية و بنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة ما امكن العمل بها ( و يدخلون ) اى اولاد الابن ( عند عدمهم ) اى اولاد الصلب لانه لما تعذر العمل بالحقيقة صير الى المجاز بخلاف المسئلة الاولى ( دون اولاد البنت ) وانما لا يدخلون مطلقا لان اولاد البنات انما ينسبون الى ابيهم كما قال الشاعر * بنونا بنو ابنائنا وبناتنا * بنوهن ابناء الرجال الاباعد ( وان اوصى لبنى فلان وهو ) اى فلان ( ابو قبيلة ) كبنى تميم مثلا ( لا يحصون ) كثرة ( فهى ) اى الوصية ( باطلة ) لانه لا يمكن تصحيحه فى حق الكل لعدم احصائهم فتبطل الوصية لعدم المصرف ( وان ) اوصى ( لايتامهم او عميانهم او زمناهم او ارامِلهم فللغنى والفقير منهم والذكر والانثى ان كانوا ) اى الموصى لهم ( يحصون ) لان الوصية تمليك وامكن تحقيق معنى التمليك فى حقهم ثم قيل حد الاحصاء عند ابى يوسف ان لا يحتاج من يعدهم الى حساب ولا كتاب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وهذا ايسر وقيل بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى كذا فى شرح الهداية ( وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لا يحصون ) لان الحق من الوصية القربة وهذه الاسامى تنبئ عن الايتام وما يسد به الحاجة فتحمل على الفقراء ( و ) ان اوصى

( لمواليه فهو ) اى الوصية ( لمن اعتقهم فى الصحة اوالمرض ولاولادهم ) اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية وبعدها سواء ولايدخل فيه المدبرون وامهات الاولاد وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث يلحقه الفسخ فنسبوا الى الولاء كالمعتقين ولايدخل فيهما مولى الموالاة لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلاينتظمهما لفظ واحد بخلاف اولاد المعتقين لانهم ينتسبون الى المعتق بواسطة ابائهم بولاء واحد ( ولا ) يدخل فيها ( موالى الموالى الاعند عدمهم ) اى الموالى لانهم ليسوا موالى الموصى حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب فلايتناولهم الاسم الاعند عدم المولى حقيقة كما فى ولد الولد مع وجود الولد اوعدمه ( وتبطل ) الوصية ( ان كان له ) اى للموصى ( معتقون ) بكسر التاء ( ومعتقون ) بفتح التاء يعنى اذااوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوهم فالوصية باطلة لان اللفظ مشترك ولاعموم له ولاقرينة تدل على احدهما ولافرق فى ذلك عند عامة اصحابنا بين النفى والاثبات واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه يعم اذاوقع فى حيز النفى كما لوحلف لايكلم موالى فلان حيث يتناول الجميع والجواب عنه على قول عامة الاصحاب كما فى العناية ان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل لان الحامل على اليمين بغضه لهم وهوغير مختلف وقدقرره فى التقرير بمالامزيد عليه فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك وحكمه التوقف فكيف حكم ببطلانها قلنا ان ذلك فيما اذامات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لايفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهى ان شكر المنعم واجب فتصرف الى الموالى الذين اعتقوهم وامافضل الانعام فى حق الذين اعتقهم هو مندوب اليه والصرف الى الواجب اولى من الصرف الى المندوب كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى قلنا نجيب بانها معاوضة بجهة اخرى وهى جريان العرف بالوصية للفقراء والغالب فى المعتقين بفتح التاء ان يكونوا فقراء وفى المعتقين بكسرها الغالب ان يكونوا اغنياء والمعروف عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروى عن ابى يوسف بهذا المعنى ( واقل الجمع اثنان فى الوصايا كالمواريث ) لما بينا ان الوصايا اخت المواريث وقدورد النص فى القرآن باطلاق الجمع على الاثنين فى المواريث فقلنا فى الوصايا ان اقل الجمع فيها اثنان ايضا حملا على ماورد به النص فى المواريث

## ( باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة )

لما فرغ من ذكر احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة

بالمنافع واخره تاما باب مرتجعة ان المنافع بعد وجود الاعيان ليوصى لو صح
الطبع ( وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما ) اى العبد والدار
( مدة معينة ) كسنة اوسنتين مثلا ( وابدا ) لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل
وبغير بدل فى حال الحياة فتحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة
وهذا لان الموصى يبقى العين على ملكه حتى يحدث مشغولا بتصرفه موقوفا
على حاجته وانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه المنفعة على
حكم ملك الوقف ويجوز موقتا ومؤبدا كالعارية وهذا بخلاف الميراث فالارث
لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتصورها ان يقوم الوارث
مقام المورث فيما كان مالكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة
لا تبقى وقتين فاما الوصية فانه تمليك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية
بغلة العبد والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها ( فان خرج ذلك ) المذكور
من رقبة العبد والدار ( من الثلث سلم الى الموصى له ) بخدمته وسكنى فيها
لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة ( والا ) اى وان لم تخرج من الثلث
( قسمت الدار ) عينها اثلاثا ( وتهايآ فى العبد يخدمهم يومين ويوما له )
لان حق الموصى له فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة
العبد اجزاء لانه مما لا يحتمل القسمة فصرنا الى المهايأة هذا اذا كانت الوصية غير
موقتة وان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم
الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة
لان الموصى له يستوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت
الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة
يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات
الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من
الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار
اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقدم احدهما زمانا
ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول
اولى لكونه اعدل ( فاذا مات الموصى له ردت ) اى الوصية من العبد او الدار
الى ورثة الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه
فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه
وذلك غير جائز ( وان مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت ) الوصية لانها
تمليك مضاف الى ما بعد الموت وملك الموصى ثابت فى الحال فلا يتصور تمليك
الموصى له بعد موته ( ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى

والاستخدام في الاصح ) لانه اوصى له بالغلة وهي الدراهم او الدنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولاشك انهما يتغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لوظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداد هامنه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها وقوله في الاصح احتراز عما قال بعضهم يجوز له السكنى والاستخدام لان المقصود هو المنفعة وهي حاصلة بهذين الطريقين (ولا يجوز لمن وصى له بالخدمة ) في العبد والسكنى في الدار ( ان يوجر ) العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حال الحيوة تملك الاجارة وكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لا يتملك المنفعة لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة وذلك لان المستعير مالك للمنفعة اذ التمليك في حال الحيوة اقرب الى الجواز بعد الممات واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير عوض فلان تحتمل ذلك في حال الحيوة اولى ( وان اوصى له بثمرة بستانه فمات ) الموصى ( وفيه ) اى في البستان ( ثمرة فله ) اى للموصى له ( هذه ) اى الثمرة الموجودة ( فقط ) لا ما يحدث بعدها ( وان زاد ابدا ) اى زاد في تلك الوصية لفظ ابدا ( فله ) اى للموصى له ( هي ) اى الثمرة الموجودة ( وما يستقبل ) عطف على الضمير اعني قوله هي اى يستحق الثمرة الموجودة وما يحدث من الثمرة في المستقبل عملا بالتأبيد في لفظ الموصى ( وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجود وما يستقبل ) وحاصله انه اذا اوصى له بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائمة الا اذا زاد لفظ ابدا فيصير كالغلة فيستحقها دائما والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول ما يحدث بعد الا بلفظ يدل على ذلك كابدا ونحوه واما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض ان يوجد مرة بعد اخرى كما يقال في العرف فلان يأكل من غلة بستانه او ارضه او داره فيصدق على ما ينتفع به في الحال او في الاستقبال ( وان اوصى له بصوف غنمه او لبنها ) اى الغنم ( او اولادها فله ما يوجد من ذلك عند موته فقط ) سواء ( قال ابدا او لم يقل ) اى للموصى له ما يوجد من ذلك الموصى به ما في بطونها من الاولاد وما في ضروعها من الالبان وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينهما وبين ما تقدم ان الصوف والولد واللبن الموجودات يصح استحقاقها بالعقد فانها تملك

فيما يكل عقيد وكما بالوصية واما المعدوم فيه غير شرع نفسه فيهما شيئ من المقود ولا يصح استحقاقهما بعقد الوصية واما الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية اولى

## ( باب وصية الذمي )

انما ذكر وصية الذمي عقب وصية المسلم لان اهل الذمة ملحقون بالمسلمين في المعاملات ( واو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث ) ما عند الامام ولانها بمنزلة الوقف ووقف المسلم يورث عنده فهذا اولى وانما قلنا يورث عنه لانه غير لازم عنده واما عندهما فلا وصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية ( واو اوصى به ) اي بجعل داره بيعة او كنيسة ( لقوم مسمين جاز ) اي الايصاء ( من الثلث ) اتفاقا لان في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وللموصي ولاية كليهما ( وكذا ) يجوز ( في غير المسمين ) بان اوصى لقوم غير مخصوصين هذا عند الامام ( خلافا لهما ) فانهما قالا انها باطلة الا ان وصي لقوم باعيانهم والحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اوجه احدها ان يوصي بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لا يصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فتصح تمليكا من الثلث فان كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل وثانيها ان يوصي بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما او اوصى ان يجعل داره مسجدا او يسرج في المساجد او اوصى بالحج فهي باطلة بالاجماع اعتبارا الاعتقادهم لا بانا امرنا بدياناتهم وثالثها ان يوصي بما هو قربة عندنا وعندهم كما او اوصى بثلث ماله للفقراء او المساكين او اعتق الرقاب او يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة اجماعا لاتفاق الكل على كون ذلك قربة ورابعها ان يوصي بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما او اوصى ان يجعل داره بيعة او كنيسة او بيت نار او يسرج فيه او يذبح الخنازير ويطعم المشركون فهي صحيحة ايضا عند الامام سمي قوما او لم يسم وقالا هي باطلة الا ان يسمي قوما باعيانهم لهما ان هذه وصية بمعصية وفي تنفيذها تقرير المعصية والدليل في المعاصي ردها لا قولهما فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم في حقهم لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح الا يرى انه او اوصى بما هو قربة حقيقة عندنا معصية عندهم لا يجوز الوصية اعتبارا الديانتهم فكذا عكسه ( وتصح وصية مستامن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي ) لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي

لانهم فى دار الحرب وهم اموات والحجر بناء على حق معصوم لايصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته فى دار الاسلام بامان اوبذمة يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم ( وان اوصى ) اى المستأمن ( ببعضه ) اى ببعض ماله ثم مات ( رد الباقى ) من ماله ( الى ورثته ) الذين فى دار الحرب لان الرد الى ورثته من حق المستأمن ايضا لارعاية لحق الورثة حتى يرد ان قال كيف يرد الباقى الى ورثته الذين فى دار الحرب وقد قلتم بانهم ليس لورثته حق مرعى ( وتصح الوصية له ) اى للمستأمن ( مادام فى دارنا ) سواء كانت الوصية ( من مسلم اوذمى ) لانه مادام فى دارنا فله حكم اهل الذمة فى المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات فى حال حيوته ويصح تبرعه فى حيوته فكذا بعد مماته وعن الشيخين انه لايجوز لانه من اهل الحرب لانه بقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمى ( وصاحب الهوى ) وهو الذى يتبع هوى نفسه ميلا للبدعة ( ان لم يكفر بهواه ) اى لم يحكم بكفره بما ارتكبه من الهوى ( فهو كالمسلم فى الوصية ) لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام ( والا ) اى وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بما ارتكبه من الهوى ( فكالمرتد ) فيكون على خلاف المعروف بين الامام وصاحبيه فى تصرفاته قال فى الكافى ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولاتقتل عندنا انتهى وفى المنح والمرتدة فى الوصية كذمية فتصح وصاياها قال فى الهداية وهو الاصح لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل اويسلم قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح فلاتصح منها وصية قلت والظاهر انه لامنافاة بين كلاميه لانه قال هناك وهو الصحيح وقال هنا الاصح وهما يصدقان كذا فى العناية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لاتقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابى فى الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية اواليهودية اوالمجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند الامام فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لاتقتل عندنا انتهى فظهر بما ذكرناه عن المنح ان دعوى الاجماع على كون وصيتها نافذة محل نظر فليتأمل ( ووصية الذمى تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه ) لالتزام اهل الذمة احكام المسلمين فيما يرجع الى المعاملات فيجرى عليهم احكامنا كما فى وصية المسلم ( وتجوز ) وصيته ( للذمى

من غير مسلم ) كوصية نصراني ليهودي وبالعكس لان الكفر ملة واحدة ( لا ) تجوز وصيته ( لحربي في دار الحرب ) لان اختلاف الدارين يمنع الارث فكذا الوصية لانها اخت الميراث كما تقدم

## ( باب الوصي )

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا ينتظمه ايضا وانما قدم احكام الموصى له لكثرتها وكون الحاجة الى معرفتها امس ( ومن اوصى الى رجل فقبل في وجهه ورد ) الوصية ( في غيبته لا يرتد ) لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه سواء كان في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا اعتبار لرده في غيبته وبقي وصيا كما كان فان قيل ما الفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان رد الموصى له بعد قبوله وبعد موت الموصي معتبر دون رد الموصى اليه قلنا ان نفع الوصية للموصى له نفسه بخلاف الموصى اليه فان نفع الوصية راجع الى الموصي فكان في رده بعد الموصي اضرار عليه وهو لا يجوز فلهذا قلنا لا يعتبر رده دفعا للضرر عن الموصي ( وان رد في وجهه ) اي وجه الموصي ( يرتد ) لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا ضرر فيه فتوقف على قبوله ( فان لم يقبل ) الموصى اليه ( ولم يرد ) بل سكت ( حتى مات الموصي فهو ) اي الموصى اليه ( مخير بين القبول وعدمه ) لانه ليس للموصي ولاية الالزام فبقي مخيرا ( وان باع ) الموصى اليه ( شيئا من التركة لم يبق له رد وان ) كان ( غير عالم بالايصاء ) فصار بيعه التركة كقبول الوصية وبعد بيعه وان لم يكن عالما بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالوكيل فباع حيث لا ينفذ ولا يكون البيع من غير علم قبولا ( فان رد الوصي ) الوصاية ( بعد موته ) اي موت الموصي ( ثم قبل صح ما لم ينفذ قاض رده ) ولم يخرجه من الوصاية لما قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب الا ان القاضي اذا اخرجه من الوصاية يصح لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله حتى اذا رأى غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه ( وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي ونصب غيره ) اي اذا اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضي عن الوصاية

واستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية كانت لهم صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول ويدل عليه ما في السراجية من قوله اذا اوصى الى عبد اوذمي اوفاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ولو تصرفوا قبل الاخراج جاز انتهى وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة لعدم الولاية لهم ووجه الصحة ثم الاخراج كما ذكره الزيلعي ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يعذر بذلك في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه اومكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن ( وان ) اوصى ( الى عبده فان كان كل الورثة صغارا صح ) الايصاء عند الامام لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة ( خلافا لهما ) وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع الامام ومرة مع ابي يوسف ووجه القياس ان الولاية منقدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ووجه ماذكره الامام مر بيانه ( وان كان فيهم ) اي في الورثة ( كبير بطل ) الايصاء الى عبد نفسه ( اجماعا ) لان للكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ( ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية ) اي امورها ( ضم ) القاضي ( اليه ) اي الى العاجز ( غيره ) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ( وان كان ) الوصي ( قادرا ) على القيام بامور الوصاية ( امينا لايخرج ) على صيغة المجهول وفاعله المنوب عنه هو القاضي ( وان يشكى اليه الورثة ) كلهم ( او بعضهم منه ) اي من الوصي ( مالم تظهر منه خيانة ) قال الزيلعي لو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه اولى الا ترى ان الوصي يقدم على ابي الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت

الورثة او بعضهم اليه لا ينبغي ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية
من الميت غير انه اذا ظهرت منه الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها
وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب
القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كما اذا مات ولا وصي له ولم يذكر ما اذا فعل
القاضي ما ليس له وعزل الوصي العدل المختار هل ينعزل ام لا وذكر ذلك قاضيخان
في فتاواه حيث قال وصي الميت اذا كان عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي ان يعزله
واذا لم يكن عدلا يعزله وينصب وصيا آخر ولو كان عدلا غير كاف لا يعزله ولكن
يضم اليه كافيا ولو عزله ينعزل وكذا لو عزل القاضي العدل الكافي ينعزل
كما ذكره الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده وقال ابن الشحنة في شرح الوهبانية
قلت وفي وسيط المحيط ان القاضي يصير جائرا اتفاقا وعند بعض المشايخ
لا ينعزل العدل الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي
وعزي في القنية العزل الى العدل الكافي لخواهر زاده وان ظهير الدين
المرغيناني استبعده لانه مقدم على القاضي لانه مختار الميت وان ابن عبد البديع قال
اذا كان هذا في وصي الميت فكيف وصي القاضي ونحوه في المبسوط والهداية
انتهى وفي جامع الفصولين الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي
ان يعزله فلو عزله قيل ينعزل اقول الصحيح عندي انه لا ينعزل لانه كالوصي وهو
اشفق بنفسه من القاضي فكيف يعزله وينبغي ان يفتى به لفساد قضاة الزمان
كما في المنح فقد افاد ترجيح عدم صحة العزل للوصي ( وان اوصى الى اثنين لا ينفرد
احدهما ) بالتصرف في مال الميت وان تصرف فهو باطل وهذا عند
الطرفين وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولو اوصى الى رجلين
ثم ان احدهما تصرف في المال في غير الاشياء المعدودة ثم اجاز صاحبه فانه يجوز ولا يحتاج
الى تجديد العقد كذا في الجوهرة ثم ان ما ذكره في الجوهرة من الاشياء المعدودة
التي يجوز لاحد الوصيين الانفراد بالتصرف فيها ما استثناه بقوله ( الا شراء كفن
وتجهيز ) فانه لا ينبني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما
فساد الميت الا يرى انه لو فعله عند الضرورة جيرانه جاز ( وخصومة ) في
حقوقه لانهما لا يجتمعان عليها عادة ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما
لو تكلما حال الخصومة معا ربما لم يفهم القاضي دعواهما لاختلاط كلام احدهما
بالآخر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين ايضا ( وقضاء دين ) كان على الميت
( وطلبه ) اي الدين الذي له على الغير ( وشراء حاجة للطفل ) لان في تأخيره
خوف لحوق الضرر به كخوف الهلاك من الجوع والعري ( وقبول الهبة له )
اي للطفل فانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام وكل من هو في يده ( ورد

وديعة معينة وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين ) لعدم الاحتياج الى الرأى في ذلك كله بخلاف ما اذا لم تكن المذكورات معينة فربما احتيج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بذلك دون الآخر ( ورد مغصوب ) فيجوز لاحد الوصيين الانفراد برده دون الآخر ولم يقيدوا المغصوب بكونه معينا ولم يبينوا الفرق لاطلاقه عن التقييد ووجهه غير ظاهر فتأمل ( او مشترى شراء فاسدا ) فلكل واحد منهما ان ينفرد برده لما تقدم من عدم الاحتياج الى الرأى ( وجمع اموال ضائعة وحفظ المال ) لان في التأخير الى اجتماعهما خوف الفوات ( و بيع ما يخاف تلفه ) ان يسرع الفساد اليه في التأخير الى الاجتماع ضرر بين هذا عند الطرفين ( وعند ابي يوسف يجوز الانفراد ) لكل واحد منهما ( مطلقا ) ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كاملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض والموصي انما فوض الولاية اليهما معا وهذا الشرط مفيد فلم يثبت بدون ذلك الشرط فانه رضي الا برأي الاثنين ورأى الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع فلهذا قال بجواز الانفراد في الاشياء المعدودة دون غيرها ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع ذكره الحلواني قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره الاسكاف وقال في المبسوط هو الاصح كما في التبيين ( فان مات احدا لوصيين اقام القاضي غيره مقامه ان لم يوص الى احد ) اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت والورثة وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف لكن الموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الوصي الميت ( وان اوصى ) الوصي الذي مات ( الى الحي جاز ) الايصاء ( ويتصرف ) الحي ( وحده ) في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي

آخر لان رأي الميت يكون باقيا حكما برأي من يخلفه وروى الحسن عن الامام ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان الموصي لم يرض بتصرفه وحده ولا يكون للوصي ان يوصي بما يعلم ان الموصي لم يرضه بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان الاول رضي برأي الاثنين وقد وجد ( ووصي الوصي وصي في التركتين ) اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض له الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء ( وكذا ان اوصى ) الوصي الميت ( اليه ) اي الى آخر ( في احدهما ) اي في احدى التركتين يعني اذا اوصى الى آخر في تركته يكون وصيا فيهما عند الامام لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما ( خلافا لهما ) فانهما قالا يقتصر على تركته لانه نص عليها ثم ان قول المص في احدهما يفيد عموم الوصية لتركته او تركة موصيه لكن المذكور في عامة الكتب انه اذا اوصى في تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكر واما اذا اوصى في تركة موصيه لكن قال المولى المعروف باخي قول المص او مال موصيه يشعر بعدم كونه وصيا فيهما على تقدير ذكر مال الموصي وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية في المعتبرات بل الموجود فيها انه اذا جعله وصيا في مال نفسه فقط او مع مال موصيه او قال جعلته وصيا بغير قيد ففي جميع ذلك يصير وصيا في المالين وما شعره في المتن ليس واحدا منها انتهى ( وتصح قسمة الوصي ) نيابة ( عن الورثة مع الموصى له ) سواء كان الورثة صبيا او صغارا اي يجوز للوصي ان يقسم التركة بين الورثة الغيب او الصغار وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له ( ولا يرجعون ) اي الورثة ( على الموصى له لو هلك حظهم في يد الوصي ) لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في نصيبه ( لا ) تصح ( مقاسمته ) اي الوصي ( معهم ) اي الورثة نيابة ( عن الموصى له ) والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به فصلح الوصي خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة او قائما مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يصلح الوصي خصما عنه عند غيبته فلم يكن

تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فلم تصح القسمة عليه ( فرجع ) الموصى له ( عليهم ) اى على الورثة ( بثلث ما بقى لوهلك حظه فى يد الوصى ) لان القسمة حيث لم تصح لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة ( وصحت ) القسمة ( للقاضى او قاسمهم ) نيابة ( عنه ) اى الموصى له ( واخذ قسطه ) اى نصيب الموصى له الغائب لان للقاضى ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه واذا صحت القسمة من القاضى كان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فان فعل ذلك وهلك المقبوض فى يده عن الغائب لم يكن للموصى له على الورثة سبيل ولا على القاضى ( وفى الوصية بحج لوقاسم الوصى الورثة فضاع عنده ) اى الوصى ( يؤخذ للحج ثلث ما بقى ) فى يد الوصى يعنى اذا اوصى الميت بحج فقاسم له الوصى مع الورثة واخذ المال الموصى به فضاع فى يده احج عن الميت بثلث ما بقى من التركة ( وكذا لو دفعه ) اى دفع الوصى المال الموصى به ( لمن يحج فضاع فى يده ) المدفوع اليه واللام فى لمن بمعنى الى يؤخذ للحج ثلث ما بقى من التركة لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقى وهذا عند الامام ( وعند ابى يوسف ان بقى من الثلث شئ اخذ والا فلا ) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ( وعند محمد لا يؤخذ شئ ) لان القسمة حق الوصى الا يرى انه لو افرز الموصى نفسه مالا يحج عنه به فهلك المال بطلت الوصية وكذا اذا افرزه الوصى الذى قام مقامه ( ولو باع الوصى من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز ) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه الموصى بنفسه حال حيوته جاز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لانه قائم مقامه وذلك لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه ( وان اوصى ببيع شئ من تركته والتصدق به ) على المساكين ( فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع فى يده واستحق المبيع ضمنه ) اى ضمن الوصى الثمن للمشترى لانه عاقد التزم للعهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لان المشترى منه لم يرض بدفع الثمن ان يسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصى مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ( ورجع الوصى به ) اى بما ضمن ( فى التركة ) اى تركة الميت لانه عامل للميت فى تنفيذ وصيته فيرجع عليه

كالوكيل وكان الامام يقول لايرجع لانه ضمن بعمله وهو الضمن ولا يرجع على غيره ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لانه بدعا ماخذ حكم الوصية ومحلها الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي اوامينه اذا تولى البيع لانه لاعهدة وفى التزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لنفار الناس عن تقلد القضاء خوفا عن لزوم الضمان وفى تعطيله تعطل مصالح الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه كالوكيل فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ لان البيع وقع للميت لاللورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات المفالس ( واو قسم الوصي التركة فاصاب ) الوارث ( الصغير شئ منه ) الوصي ( وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشئ ) الذي باعه الوصي ( رجع ) الوصي ( فى مال الصغير ) لانه عامل له ( و ) رجع ( الصغير على بقية الورثة بحصته ) لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه ( ولايصح بيع الوصي ولاشراؤه الا بما يتغابن ) على صيغة المجهول ( فيه ) نائب الفاعل ليتغابن ولايصح بالاستغابن فى مثله لان تصرفه مقيد بالنظر فى حق الصغير قال الله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الابالتي هى احسن ولان النظر فى الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لان فى اعتباره تعطيل مصالحه لعدم امكان التحرز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند الامام لان تصرفهم بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصى فتصرفه بحكم النيابة الشرعية نظرا فتقيد بموضع النظر وعندهما لايجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه ولايملكه من لايملك الهبة ( ويصحان ) اى بيع الوصي وشراؤه ( من نفسه ان كان فيه نفع ) للصغير كما اذا باع الوصي متاعاله يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير اواشترى من متاع الصغير مايساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه صح ( خلافا لهما ) قياسا على الوكيل وللامام مامتلونا من قوله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الابالتي هى احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء قال الزيلعي اما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لايتم ولا يجوز على قول محمد واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لايجوز على كل حال هذا فى وصى الاب واما وصى القاضي فلايجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله والاب ان اشترى شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة اوبغبن يسير وقال المتأخرون من اصحابنا لايجوز للوصي بيع عقار

الصغير الا ان يكون على الميت دين اورغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وزاد في الفوائد الزينية على ما نقل عن الزيلعي ثلاث مسائل نقلا عن الظهيرية احداها اذا كان في التركة وصية مرسلة لايمكن تنفيذها الا منه وفيما اذا كانت غلاته لاتزيد على مؤنته وفيما اذا كان حانوتا اودارا يخشى عليه النقصان انتهى وزاد في الخانية اخرى وهي اذا كان العقار في يد متغلب وخاف الوصي عليه فله بيعه انتهى (وله) اى للوصي (دفع المال) اى مال الصغير (مضاربة وشركة وبضاعة) لانه قائم مقام الاب وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي (وله قبول الحوالة على الاملاء) من الملاءة وهي القدرة على الاداء والمفضل عليه المحيل المديون (لاعلى الاعسر) من المحيل المديون لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا ولايرى الرجوع على الاول بخلاف ما اذا كان المحتال عليه املاء واقدر على اداء الدين من المديون الاول فانه يجوز لكونه خيرا لليتيم وان لم يكن خيرا لليتيم بان كان الثاني افلس من الاول لايجوز بقي انه اذا كان الثاني مثل الاول يسارا واعسارا هل يجوز ام لا اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لايجوز (ولا يجوز له) اى للوصي (ولا للاب الاقراض) لانه ليس فيه منفعة دنيوية لليتيم ويحتمل التوى فكان الاحتياط في عدم الجواز (ويجوز للاب الاقتراض) اى اخذ القرض من مال الصغير (لا للوصي) والفرق بينهما ان الاب ان يأخذ من مال الصبي بقدر حاجته ولا كذلك للوصي (ولا يتجر) الوصي (في مال الصغير) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ويجوز بيعه) اي بيع الوصي (على الكبير الغائب) اذا كان المبيع (غير العقار) لان الاب يلي بيع ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند الامام جاز له بيعه كله لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر كما في التبيين (ووصي الاب احق بمال الصغير من جده) لان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وعند الشافعي الجد احق به حيث اقامه

بالشرع مقام الاب عند عدمه (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) اى ان لم يوص الاب الى احد فالجد احق لانه اشفق من الغير لقيامه مقام الاب فى الارث حتى ملك الانكاح دون الوصى اما وصى الاب فانه يقدم عليه كما سبق آنفا

## (فصل)

وفى النهاية لما لم تكن الشهادة فى الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لانحطاط عن افقها فيه (شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لا تقبل) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فبطلت للتهمة فاذا بطلت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بان الموصى ضم اليهما ثالثا واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث فللقاضى ان يضم ثالثا فكذا هنا (الا ان يدعيه زيد) اى يدعى زيد انه وصى معهما ثم تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول ووجه الاستحسان ان للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء فيما اذا مات ولم يترك وصيا وله ولاية ضم آخر اليهما فكان هذا منه فى ضم مدعى الوصاية (وكذا) لا تقبل (لو شهد ابنا الميت) ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر ذلك لانهما بشهادتهما هذه يريدان ان يكون معينا لهما حافظا للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم غير مقبولة ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا ووجهه ما ذكر فى المسألة الاولى (ولغت) اى بطلت (شهادة الوصيين بمال للصغير) يعنى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال له على آخر فلا تقبل شهادتهما سواء كان ذلك المال منتقلا اليه من الميت او من غيره للتهمة فى شهادتهما (وكذا) تلغو شهادتهما (للكبير فى مال انتقل اليه من الميت) للتهمة فى شهادتهما لانهما يثبتان لانفسهما ولاية الحفظ عند غيبة الكبير وبيع العقار فتبطل شهادتهما (وصحت) شهادتهما (له) اى للكبير وحده (فى غيره) اى فى غير مال انتقل اليه من الميت لانه لا ولاية لهما ح فى ذلك المال لان الميت انما اقامهما مقامه فى تركته لا فى غيرها هذا عند الامام (وعندهما تصح) شهادتهما (للكبير فى الوجهين) اى فى مال انتقل اليه سواء كان من الميت او غيره لانه لا تصرف لهما فى حضرة الكبير فتعرت شهادتهما عن التهمة وللامام ما بيناه آنفا من التهمة عند غيبة الكبير فكفت هذه التهمة لرد شهادتهما (وشهادة الوصى على الميت جائزة) لانتفاء التهمة فى هذه الشهادة فتجوز عليه (لا له) اى للميت لما فيها من تحقق التهمة باثباته لنفسه التصرف (ولو) كانت تلك الشهادة (بعد العزل) من الوصاية

(وان لم يشاهم) اى وان لم يكن الوصى جميعا فى هذه الصورة بان عزله القاضى ونصب غيره خصما فى هذه الدعوى لاحتمال التهمة بان يكون جر لنفسه نفعا زمان وصايته فيشهد بثبوتها من زواله (واو شهد رجلان لآخرين بدين الف) يجوز ان يكون الف مضافا اليه وان يكون بدلا من دين اذا قرئ منكرا وعلى وجه الاضافة فهى بيانية (على ميت و) شهد (الآخران لهما) اى للشاهدين الاولين (بمثله) اى بمثل ذلك الدين وهو الف (صحتا) اى الشهادتان من الطرفين عندهما (خلافا لابى يوسف) فانه لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة لكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى اثبتاه على الميت ولهما ان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبى بقضاء دين احدهما لا يشاركه الآخر وروى الحسن عن الامام انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم بعد ذلك ادعى ذلك الشاهد ان دينا آخر على الميت فيشهد لهما الفريقان الاولان تقبل ووجه هذه الرواية انهما اذا جاؤا معا كان شهادة كل فريق معاوضة للفريق الآخر فتحققت التهمة بخلاف اما اذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر فانه حيث ثبت الحق للفريق الاول بلا تهمة والثانى لا يزاحمه فصار كالاول فى انتفاء التهمة (واو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لا تصح) الشهادة من كل منهما لما بينا من التهمة فى شهادة الالف الدين (واو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية والآخر له) اى لذلك الفريق (بوصية عبد صحت) شهادة كل من الفريقين بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة كذا قالوا لكن احتمال المعاوضة فى الشهادة باق كما فى صورة الشهادة بالدين او الوصية بالالف تأمل (وان شهد) الفريق (الآخر له) اى الفريق الاول (بوصية ثلث لا تصح) يعنى اذا شهد الفريق الاول بوصية عبد للفريق الآخر وشهد الفريق الآخر بوصية ثلث لا تصح شهادة كل واحد من الفريقين لما ان الشهادة فى الصورة الاخرى ايضا تثبت المشاركة بين الفريقين بخلاف وصية العبد والجارية والله اعلم

## ( كتاب الخنثى )

وهو على وزن فعلى بالضم اورده عقيب الوصايا لان المسائل المتعلقة بالوصية من احوال من هو ناقص القوة لاشرافه على الموت وهذه المسائل من احوال من هو ناقص الخلقة (هو) الخنثى من الخنث بالفتح والسكون وهو اللين والتكسر والفها للتأنيث ولهذا لا يلحقها الف ولا نون وكان القياس ان يوصف بالمؤنث

ويرث العصبة الراجح كما هو المذكور في كلام الفقهاء لان المعتق امرؤا الى
عصبة شيوخ الثابت في دينه لم يلحقوا بالائمة الا انث في وجهه وانه كره تفصيلا
مذكورة وفي القهستاني واعلم ان يورث لانه شخص معلوم عندنا ذكر ذكرا الى الاصل
كالطرف والحكم (من له ذكر وفرج) اي ماله آلة الرجال وآلة النساء ويلحق به
من عري عن الآلتين جميعا وفي الظهيرية في خلاصة لانه قال وفي ذكره اشعار بان من
لم يكن له شيء منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولذا قال الامام
وابو يوسف انا لا ادري ما هو وقال محمد انه في حكم الانثى (فان بال من احدهما
اعتبر به) اي ان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه فانثى لان النبي عليه الصلاة والسلام
سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ولان البول من اي عضو كان فهو
دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما)
اي من الذكر والفرج (فالمعتبر الاسبق) لانه يدل سبق خروجه على انه العضو
الاصلي (وان استويا) في الخروج (فهو مشكل) اي غير محكوم عليه بكونه
ذكرا او انثى عند الامام وقال لا علم لي به وهذا من جملة ما توقف فيه من كمال
ورعه (والاعتبار بالكثرة) اي كثرة البول في كونه ذكرا او انثى عنده (خلافا
لهما) فانهما قالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو ولكونه عضوا
اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيرجح بالكثرة وبه قالت الائمة
الثلاثة وله ان كثرة الخروج لا تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما
وضيق في الآخر (فاذا بلغ) الخنثى بالسن (فان ظهر بعض علامات الرجال
من نبات اللحية او قدرة على الجماع او احتلام) كالرجل او كان له ثدي مستو
(فرجل) اي فحكمه حكم الرجال (فان ظهر بعض علامات النساء من حيض
وحبل وانكسار ثدي ونزول لبن فيه وتمكين من الوطء فامرأة) اي فحكمه حكم
النساء (وان لم يظهر شيء) من علامات الذكورة ولا من علامات الانوثة
(او تعارضت) هذه المعالم مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية او يأتي ويؤتى
(فمشكل) اي فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن يعد اضلاعه فان ضلع
الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد (قال محمد الاشكال قبل البلوغ فاذا بلغ
فلا اشكال) وفي المبسوط اذا بلغ صاحب الآلتين لا بد ان يزول الاشكال لانه
اذا جامع بذكره او نبتت له لحية او احتلم كاحتلام الرجال فهو رجل وان نبت له
ثدي كثدي المرأة او رأى حيضا او جومع كما تجامع النساء او ظهر به حبل او نزل
في ثديه لبن فهي امرأة كما في المنح (واذا ثبت الاشكال اخذ فيه) اي في الخنثى
المشكل (بالاحوط فيصلي بقناع) لاحتمال كونه امرأة حتى لو صلى بغير قناع
يجب ان يعيدها اذا كان حرا وكذلك يستحب ان يجلس في صلاته جلوس

المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن ( ويقف بين صفي الرجال والنساء فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فلو وقف في صفهم ) اى في صف الرجال فصلوته تامة لكن ( يعيد ) صلاته ( من لاصقه من جانبيه ومن بحذائه من خلفه ) لاحتمال انه امرأة فتفسد صلاتهم وهذا اذا نوى الامام امامة النساء فان لم ينو الامام الامامة فلاحاجة الى ان يعيد هؤلاء صلاتهم بل يعيد هو احتياطا ( وان وقف في صفهن ) اى صف النساء ( اعاد ) صلوته ( هو ) اى الخنثى ( فقط ) لاحتمال انه رجل فيجب الاعادة احتياطا ( ولا يلبس ) الخنثى ( حريرا ولا حليا ) لاحتمال كونه ذكرا والترجيح للحظر فيما يتردد بينه وبين الاباحة ( و يلبس المخيط في احرامه ولا يكشف نفسه عند رجل ) لانه لو كان مراهقة لم ينظر الى ما سوى الوجه والكف منه ولو كان مراهقا لم ينظر الى ما تحت سرته الى ركبتيه ( ولا عند امرأة لانها لا تنظر الى ما تحت السرة الى الركبة مراهقا كان او مراهقة ) كما في القهستاني ( ولا يخلو به ) اى بالبالغ وما في حكمه ( غير محرم من رجل او امرأة ) تحرزا عن احتمال الحرام ( ولا يسافر بلا محرم ) من الرجال ولا مع امرأة من محارمه لاحتمال انه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم وهو غير جائز ( ولا يختنه رجل ولا امرأة ) تحرزا عن النظر الى الفرج لاحتمال انه رجل وامرأة ولكن قد تقدم انه يجوز للطبيب والجراح النظر الى موضع النظر للضرورة والظاهر ان النظر الى موضع الختان من هذا القبيل كما في البرجندي لكن النظر ليس بمحله لان الختان عندنا سنة تدبر وهذا اذا كان مراهقا والا فللرجل ان يختن ( بل تبتاع له امة ) عالمة بالختن ( تختنه من ماله ان كان له ) اى للخنثى مال لانه يجوز لمملوكته النظر اليه رجلا او امرأة في حال العذر ( والا ) اى وان لم يكن له مال ( ففي بيت المال ) يقترض ثمنها ويشتريها لانه اعد لنوائب المسلمين وهذا اذا كان ابوه معسرا والا ففي مال ابيه ( ثم ) اى بعد الختن ( تباع ) الامة وجوبا ويرد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها وفيه اشعار بانه لا يتزوج عالمة بختنه على ما قال شيخ الاسلام وذهب الحلواني الى انه يتزوجها لانه ان كان امرأة ينظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو والا فكنظر المنكوحة الى الناكح ( فان مات قبل ظهور حاله ) من الذكورة والانوثة ( لا يغسل ) للاحتمالين ( بل ييمم ) لانه لا يمس شيء فيه الا الوجه واليد بخلاف الغسل وفيه اشعار بان لا تشترى لاجل الغسل امة لانها اجنبية بعد الموت ولا حاجة الى خرقة على اليد عند التيمم لكن في القهستاني هذا اذا كان المتيمم محرما فقد ييمم بالخرقة ( و يكفن في خمسة اثواب ) كما تكفن

المرأة وهو احب لاحتمال انه انثى (ولا يحضر عند مراهق غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال الحالين (وندب تسجية قبره) اى ستره بثوب عند الدفن لاحتمال انه انثى وسترها واجب (ويوضع الرجل) اى جنازته لانه ذكر بيقين (مما يلي الامام ثم هو) اى الخنثى بقرب الرجل مما يلي القبلة (ثم) توضع (المرأة) بقرب الخنثى ليبعد عن المطران صلى عليهم حملة رعاية باقى الريب وفيه اشعار بان الافضل عند اجتماع الجنائز ان يصلى على كل منفردا لانه ابعد عن الخلاف (وله) اى للخنثى المشكل (احس النصيبين من الميراث عند الامام) واصحابه وعليه الفتوى كما فى السراجية وفى الكفاية ان محمدا مع الامام وفى المطران ابا يوسف معه وهو فى ظاهر الاصول اى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شئ له ثم فرعه وقال (فلو مات ابوه عنه) اى الخنثى (وعن ابن فللابن سهمان وله سهم) عنده لان الاقل متيقن وفيما زاد عليه شك والمال لا يجب بالشك ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا وفى القهستانى وذا فى صورتين الاولى ما يفرض فيه الخنثى انثى كما ذكر فى النص والثانية ما يفرض فيه ذكرا وهذا مشتمل على صورتين احديهما ما يكون فيه الخنثى محروما كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه ان كان اختا فله سهم هو السدس تكملة للثلثين ولكل من الزوج والاخت نصف فتعول المسئلة من ستة الى سبعة وان كان اخا فمحروم لانه عصبة لم يبق له شئ بعد فرضهما وهو النصفان ولا ريب انه احس الحالين فيفرض كونه ذكرا والثانية ما يكون غير محروم كما اذا تركت زوجا واما وخنثى لاب وام فانه ان كان الخنثى اختا لاب وام فله نصف كالزوج وللام ثلث فتعول المسئلة من ستة الى ثمانية وان كان اخا فله سهم وللزوج نصف وللام ثلث ولا يخفى انه احس الحالين لان السهم الواحد من ستة اقل من ثلاثة اسهم من ثمانية فيفرض كونه ذكرا ايضا (و) فيما اذا ترك الخنثى (ابا وابنا عند الشعبي له نصف النصفين وهو ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف) تخريجا اومذهبا وذلك ان للابن عند الانفراد كل الميراث وللبنت نصفه فكان نصف الكل اثنين ونصف النصف واحد والمجموع ثلاثة ارباع فان المخرج اربعة تعول الى سبعة فيجعل للخنثى ثلاثة وللابن اربعة والمجموع يكون سبعة وخمسة من اثني عشر عند محمد تخريجا وذلك ان كان ذكرا كان المال بينهما نصفين (ولو كان انثى كان المال بينهم اثلاثا فيكون له نصف النصف) اى الربع (ونصف الثلث) اى السدس والباقى للابن فيحتاج الى عدد له ربع وسدس واقل ذلك اثنى عشر وربعه ثلاثة وسدسه اثنان والمجموع خمسة فهى للخنثى والباقى

اي منة للابن والتفاضل بين التفسيرين في هذه الصورة انما هو بثلث ربع السبع كما لايخفى على المحاسب (واوقال سيده كل عبد لي حر اوكل امة لي حرة لايعتق مالم يستبين) لان الحنث لايثبت بالشك ومن حلف بطلاق اوعتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى (واوقال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لايقبل) قوله على الصحيح لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) اى قبل اشكاله (يقبل) لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ماقال

## ( مسائل شتى )

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى اومسائل منثورة اومسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر بحق ذكره فيه خصوصا اذا انتهى الكتاب (كتابة الاخرس) مبتدأ خبره الآتي كالبيان (وايماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وايماؤه (به اقراره بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والايماء على طريقة التنازع وكذا ماعطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه اوله كالبيان) اذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام المذكورة بالاشارة لان الاشارة يكون بيانا من القادر فاطلك من العاجز وفي الهداية واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اى نعم اوكتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار لان مايجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما مايكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني مايكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان معهودا منه في نعم انتهى وفيه كلام لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله نعم تبين ان وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم تبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لايخفى ان هذا الكلام لاورود له لان شان الشارحين ان يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الايضاح فان من لم يتفطن لكلامهم قال ماقال (ولايحد) الاخرس (لقذف ولالغيره) كالزنا اوشرب الخمر اى لايكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف ولاكتابته وايماؤه بالاقرار بالزنا اوشرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود تندرئ بالشبهات وفي كتابته وايمائه شبهة وكذا لايحد له اذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا للقاذف كما في الحدود (ومعتقل اللسان) اى الذى احتبس لسانه بحيث

وبقدر على النطق ( ان امتدت عقلته ) الى ان قال الى سنة في رواية وقيل قدر
الامتداد الى اوان الموت اذ روي عن الامام انه قال اذا دامت العقلة الى وقت
الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى
زواله والفتوى عليه انتهى ذكره الامام المحبوبي ( وعلمت اشارته ) اي المعاقل
( فهو كالاخرس والا ) اي وان لم يمتد اولم تعلم اشارته ( فلا ) يكون كالاخرس
حكما هذا عندنا لان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس
دون المعتقل ولان الضرورة في الاصلي لازمة وفي العارضي على شرف الزوال
الا اذا امتدت الاشارة بالامتداد ثم يكون بمنزلة الاخرس وعند الشافعي حكم
المعتقل كحكم الاخرس في الامتداد وعدمه لان المجوز هو العجز ولا فرق بين
الاصلي والعارض ولا بين القديم والحادث ( والكتابة من الغائب ليست بحجة )
لانه قادر على الحضور فلا تكون في كونها حجة ضرورة بخلاف الاخرس لكن
( قالوا الكتابة على ثلاثة ) اوجه ( اما مستبين مرسوم ) اي معنون ومصدر
مثل ان يكتب في اوله من فلان الى فلان او يكتب الى فلان وفي آخره من فلان
على ما جرت به العادة ( وهو ) اي هذا المذكور من الكتابة ( كالنطق
في الغائب والحاضر ) على ما قالوا فيلزم حجة وفي رعاية الختم شرط لكونه
معتادا وكذا الكتب على كاغد حيث يشترط فيه على العرف المعروف حتى
لو كتب على الحجر يكون غير مرسوم فلهذا قال ( واما مستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدر واوراق الشجر وينوي فيه ) فليس بحجة الا بالنية والبيان
لانه بمنزلة الكتابة من الصريح فلا يصلح حجة ( واما غير مستبين كالكتابة على
الهواء والماء ) وهو بمنزلة كلام غير مسموع ( ولا يعتبر به ) فلا يثبت به الحكم
وان نوى واما الاشارة فهو حجة من الاخرس في حق هذه الاحكام للضرورة
لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ
كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت باشارته لحاجته الى ذلك
[illegible] في القصاص حق العبد والحدود حق الله تعالى وهي تسقط بالشبهات
( واذا اختلطت الذكية بميتة اقل منها ) اي من الذكية ( تحرى واكل )
في حالة الاختيار ( والا ) اي وان لم تكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر
( فلا تؤكل حالة الاختيار ) لكن ( يتحرى ) في كلها ( عند الاضطرار )
وفي الهداية فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر
او كانا نصفين لم تؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار واما في حالة
الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة
فالتي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية

فى الجملة فلا يترك من غير ضرورة وقال الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانتا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة (واذا احرق رأس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز) استعمالها (والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ او تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا ينجس الخبز (واوجعل السلطان الخراج لرب الارض جاز بخلاف العشر) هذا عند ابى يوسف وعند الطرفين لا يجوز فيهما لانهما فى جماعة المسلمين وله ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة ولا يجوز تركه عليه وعلى قول ابى يوسف الفتوى كما فى التبيين وغيره واذا ترك الامام خراج ارض رجل او كرمه او بستانه ولم يكن اهلا لصرف الخراج اليه عند ابى يوسف يحل له وهو الفتوى وعند محمد لا يحل له وعليه ان يرده الى بيت المال او الى من هو اهل لذلك وان لم يفعل اثم واو ترك العشر لا يجوز بالاجماع (واو دفع) الامام (الاراضى المملوكة الى قوم) اى ان عجز اصحاب الخراج عن زراعة الارض واداء الخراج ودفع الامام الاراضى الى غير اصحابها (بالاجرة) اى يواجرها من القادرين على الزراعة و يأخذ الخراج من اجرتها (ليعطوا الخراج) لمستحقه (جاز) ذلك من الامام لما فيه من المصلحة فان فضل شئ من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة واو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج اصلا واو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها قيل هذا قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند الامام فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق للامام بين هذا و بين غيره من

المديون اذن فى هذا (لانه غير خاص) بحق ما بل هو عام (ولان رقبة العبد حق له) وذلك جائز عنده (ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد الماذون له ودين الميت فى التركة فان لقاضى بيعها للدين) فهذا تعلق الحق بالرقبة كما فى التبيين (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم صح) اى لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين جاز عن يوم واحد (ولو عن رمضانين فلا) يصح (فى الاصح) ما لم يعين انه صام عن رمضان سنة كذا كما فى التبيين (وكذا) لا يصح (فى قضاء الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم كذا) ولو نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت معين بكونه اولا وآخرا واذا نوى اول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا فيدخل فى نية اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا المخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه (وقيل يصح) نيته عن رمضانين ونيته ظهرا عليه مثلا (فيهما) اى فى قضاء الصوم وقضاء الصلاة (ايضا) اى لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اى يوم وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح (ولو ابتلع الصائم رزق غيره فان كان حيث يلزمه الكفارة والا) اى وان لم يكن حيث (فلا) يلزمه الكفارة ويجب القضاء كما بين فى موضعه (وقيل بعض الحاج عذر فى ترك الحج) لان امن الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بين فى موضعه ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج فكان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بتركه (ومن قال لامرأة عند شاهدين توزن من شدى) يعنى انت هل صرت زوجة لى (فقالت المرأة شدم) اى صرت (لا ينعقد النكاح بينهما ما لم يقل قبول كردم) لان قولها شدم ايجاب فلم يوجد القبول لا ينعقد وقوله ابتداء توزن من شدى وارد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة (ولو قال لها) اى للامرأة عند شاهدين (خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت المرأة كردانيدم) اى جعلت (فقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد) النكاح بينهما لان قولها كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم قبول (ولو قال رجل دختر خويش را بسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) ما لم يقل قبول كردم لان هذا اللفظ لا ينبئ عن التمليك (ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها) اى المرأة (وهو) اى والحال ان الزوج (يسكن معها فى بيتها) اى فى بيت المرأة (كانت المرأة

ناشزة ) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها مادامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها ( ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه فلا ) تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام وكذا لا تكون ناشزة لو كان المنع لينقلها الى منزل الزوج وكذا اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطئ لانه يمكن الوطئ كرها غالبا فلا يعد منعا ( ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد ) نفس المتكلم وحده ( بيتا على حدة فليس لها ذلك ) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك ( ولو قالت المرأة مرا طلاق ده فقال ) الزوج ( داده كير او كرده كير او داده باد او كرده باد ) معناه اعطى طلاقا فقال افرضى وقدرى انه قد اعطى اوانه قد فعل اوانه كان اعطى اوانه كان قد فعل لان قوله كير معناه الاصلي امسك لكن معناه هنا افرضى وقدرى ( ان نوى ) الطلاق ( يقع والا ) اى وان لم ينو ( فلا ) يقع لاحتمال الوعد والايقاع فيحتاج الى نية الايقاع ( ولو قال ) الزوج ( داده است ) في جواب قولها مرا طلاق ده ( او كرده است يقع ) الطلاق ( وان ) وصلية ( لم ينو ) لانه لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية ( ولو قال داده آنكار و كرده آنكار لا يقع ) الطلاق ( وان ) وصلية ( نوى ) الوقوع والفرق بينهما ان في الاول اخبارا عن الوقوع فيقع مطلقا وفي الثانية ليس باخبار لان معنى قوله داده آنكار افرضى انه وقع او احسبى فلا يقع به شئ ( ولو قال ده مرا نشايد تاقيامت ) يعنى هى لا تليق لى الى يوم القيمة ( او همه عمر ) اى هى لا تليق في جميع عمرى او مدة عمرى ( لا يقع ) الطلاق ( الا بالنية ) لانه من الكنايات ( ولو قال لها حيلهٔ زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث ) لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظى عدتك او عدى ايام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لا تشتغل بامور العدة الا بعد تيقن وقوع الثلاث ( ولو قال حيلهٔ خود بشتن كن فلا ) يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم وفي التنوير قال ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لا تطلق امرأته لان من المشركين من لا يعذب وتمامه في شرحه فليطالع ( ولو قالت امرأة ( له ) اى للزوج ( كابين ترا بخشيدم ) معناه وهبت لك المهر ( مرا ازجنك بازدار ) معناه خلصنا من نزاعك ( فان طلقها ) اى الزوج المرأة سقط المهر ( والا ) اى وان لم يطلقها ( فلا ) يسقط المهر للتعليق ( ولو قال لعبده يا مالكى او لامته انا عبدك لا يعتق ) اى لا يقع العتق في العبد ولا في الامة لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون فيه شئ مما يقتضى العتق بخلاف قوله لعبده يا مولاى

لان حينئذ تنتفى عنه ثبوت الولاء وذلك بالعتق فتعين (ولو دعى الى فعل فقال)
المدعو (بمن سوكند است) يعنى على اليمين (كه اين كار) يعنى هذا الفعل
(نكنم اى لا افعل (فهو اقرار باليمين بالله تعالى) لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق
ونحوه حملا على المشروع وهو اليمين بالله تعالى (وان قال بمن سوكند است
بطلاق) فمعناه على اليمين بالطلاق (فاقرار بالحلف بالطلاق) للتصريح به
حتى اذا فعله تطلق امرأته (وان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق) احتياطا فى
باب اليمين (وكذا) يكون اقرارا بالحلف بالطلاق (لو قال مرا سوكند خانه
است كه اين كار نكنم) معناه انا حالف يمين البيت ان لا افعل هذا الفعل فهو
اقرار بالطلاق اعتبارا بالعرف (ولو قال المشترى للبائع بعد البيع اينها بازده)
معناه رد الثمن (فقال البائع بدهم) اى ارد (يكون فسخا) للبيع لان قول
المشترى بها بازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البائع بدهم يتضمن قوله
قبلت الفسخ وكان فسخا من الجانبين (العقار المتنازع) فيه (لا يخرج من يد ذى
اليد مالم يبرهن المدعى) على انه فى يده اى اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى
انه فى يد المدعى عليه وتصديق المدعى عليه فى ذلك بل لا بد من اقامة البينة انه
فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه او علم القاضى فى الصحيح كما مر فى الدعوى
لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل
ان يكون فى يد غيره فبإقامة البينة تنتفى تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه
باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج
الى اثباتها بالبينة كما فى الدرر وفى البزازية هذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى
الشراء من ذى اليد واقراره بانه فى يده فانكر الشراء واقر بكونه فى يده لا يحتاج
الى اقامة البينة على كونه فى يده (ولا يصح قضاء القاضى فى عقار ليس فى ولايته
لكن فى التنوير وعقار لا فى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه وقال فى شرحه
وانما عدلنا عما اعتمده لما فى البزازية والخلاصة من ان الصحيح ان قضاء القاضى
فى المحدود يصح وان لم يكن المحدود فى ولايته انتهى وفى تبيين الكنز علل عدم
صحة القضاء بقوله لانه لا ولاية له فى ذلك المكان قال وقد اختلف المشايخ فيه
هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ
قضاؤه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان ولا فى غير ذلك الاهل على
من يعتبر الاهل وان خرج القاضى مع الخليفة من المصر فقضى وان خرج وحده
لم يجز قضاؤه فهذا ينبغى ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء
من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن ابى يوسف
ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد ايضا انتهى وفى البزازية اذا شاهد

اليه محمد هو رواية النوادر وبه يفتى ( واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي اوبدالي ) اى ظهرلى ( غير ذلك ) القضاء ( اووقفت في تلبيس الشهود اوابطلت حكمى ونحو ذلك لايعتبر ) قوله ( والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولايملك الرجوع عنه ولاابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى الاترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لايصح رجوعه ولايملك ابطالها لما مر في موضعه فكذا القاضي وقال الشعبي كان رسول الله عليه السلام يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاه فيستأنف وفي المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لانص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولاينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأى دون نزول القرآن والنبي عليه السلام لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأى بالقرآن الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله عليه السلام قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاه الاول والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلايصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لانص فيه فيصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لذلك الشريعة كما في التبيين وظاهره ان وقوع القضاء بالبينة لابد منه في عدم صحة رجوع القاضي عنه وقيده في الخلاصة بذلك وقال ابن وهبان ويفهم من التقييد انه كان اذا قضى بعلمه يجوز له الرجوع وفي التنوير اذا قال الشهود قضيت وانكر القاضي بان قال لم اقض فالقول للقاضي على القول المفتى به مالم ينفذه قاض آخر اما اذا انفذه قاض آخر لايكون القول قوله في انه لم يقض لوجود قضاء الثاني به ( ومن له على آخر حق فخبأ ) صاحب الحق ( قوما ثم سأل ) اى سأل الآخر ( عنه ) اى عن الحق الذي عليه ( فاقربه ) اى بذلك الحق ( وهم ) اى القوم ( يرونه ) اى المقر ( ويسمعونه ) اى يسمعون اقراره ( وهو ) اى المقر ( لايراهم صحت شهادتهم عليه ) بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله تعالى عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ( وان سمعوا كلامه ولكن لم يروه ) اى المقر ( فلا ) تصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه

الثمة فيحتمل ان يكون الشهود الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حاصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه كما في موضعه (ولو باع عقار واحض اقاربه البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا تسمع دعواه بعده) بخلاف الاجنبي ولو جارا الا اذا تصرف المشتري فيه زرعا وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للاطماع الفاسدة بخلاف ما اذا باع الفضولي ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلافا لابن ابي ليلى وفي التبيين لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث ذكر انه لو باع عقارا وابنه وامرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع فيه اقرار منه بانه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع القريب انتهى لكن لم يقيده المص بقوله ان تصرف المشتري فيه زمانا لان التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع ان الجار يخالفه قال ظهير الدين فتوى ائمة بخارى على ان سكوته لا يكون تسليما وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق لا يجعل اقرارا وائمة خوارزم على رأي ائمة سمرقند حيث لا تسمع دعواه واختار القاضي في فتاواه انه تسمع في الزوجة لا في غيرها وفي البحر يتأمل المفتي في ذلك ان رأى المدعي الساكت الحاضر ذا حيلة افتى بعدم السماع وان رأى خلافه افتى بالسماع لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتي الا بما اختاره اهل خوارزم (ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت المرأة فطلب اقاربها المهر منه وقالوا) اي الورثة (كانت الهبة في مرض موتها) اي المرأة (وقال الزوج) (لا بل في صحتها فالقول له) اي للزوج وفي التبيين والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر من الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه بموتها والزوج ينكر فالقول قول المنكر انتهى وقال صاحب

المنح فالقول للورثة هذا هو المعتمد كما في الخانية ونص كلامه رجل مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان التركة ان المورث وهب له في صحته وقبضه ونفته الورثة قالوا ان كان ذلك في المرض فالقول يكون قول من يدعى الهبة في المرض وان اقاموا البينة فالبينة بينة من يدعى الهبة في الصحة كذا ذكر في الجامع الصغير انتهى ( ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقرله ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر ولست بمبطل فيما تدعى عليه عند ابي يوسف ) وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقرله وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار حجة على اعتبار هذه الحالة فيحلف ( وبه ) اي بقول ابي يوسف ( يفتى ) لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه كما في التبيين وفي مجمع الفتاوى ان البائع لو اقر بقبض الثمن ثم قال لم اقبضه يحلف المشتري استحسانا وكذا لو اقر الواهب ثم انكر واراد استحلاف الموهوب يحلف وكذا لو اقر بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشترى بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك استحسانا عنده لا عند الطرفين وروى ان محمدا لما قلد القضاء رجع الى قول ابي يوسف ( والاقرار ليس سببا للملك ) لانه ليس بناقل للملك المقر الى المقرله لان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه في الوجود فيمتنع فيه التخلف ( ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا ) الشيء ( فسكت ) المخاطب ( صار وكيلا ) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين واذا سكت صحت الهبة وسقط ما بيناه وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله ( ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك ) الزوج الموكل ( عزلها ) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي كما في التبيين ( ولو قال لآخر وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك ) لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة فتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية كما في التبيين ( ولو قال ) لآخر وكلتك بكذا على اني

(كلما عزلتك فانت وكيلي) يكون معزولا بالمأمور له كان وكيلا لان كلما تفيد
عموم الافعال (فاذا اراد ان يعزله فطريقه ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة
وعزلتك عن المنجزة) فانه اذا رجع عنهما لا يبقى لها اثر فاذا قال بعدها
وعزلتك عن الوكالة المنجزة الحاصلة من لفظة كلما ينعزل (وقبض بدل الصلح
قبل التفرق شرط ان كان) الصلح (دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم
عن الدنانير او على شيء آخر في الذمة لانه صرف او بيع وفيه لا يجوز الافتراق
عن الدين بالدين (والا) اي وان لم يكن دينا بدين (فلا) يشترط قبضه
لان الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا في الذمة فيجوز الافتراق عنه وان كان
مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقدمي
في موضعه (ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له)
اي للمدعي (بينة جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر ما يتغابن فيه) بين الناس
لان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يشهد المدعي بالبينة
ويأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي (وان لم يكن له)
اي للمدعي (بينة او كانت البينة غير عادلة لا يجوز) الصلح لان الاب يصير
متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح
(ومن قال لا بينة لي) على دعوى هذا الحق (ثم برهن) اي اقام بينة (صح)
برهانه لانه يمكن ان تكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وعن الامام انها
لا تقبل لظاهر التناقض والاصح الاول بخلاف ما اذا قال ليس لي حق عليه
ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (وكذا لو قال لا شهادة لي في
هذه القضية ثم شهد) لما مر وعن الامام انها لا تقبل ايضا وقيل تقبل وفاقا
ان وافق وفي التنوير قال تركت دعواي على فلان وفوضت امري الى الآخرة
لا تسمع دعواه بعده وفي البزازية لو قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد
فانه تقبل شهادته او قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بالحجة فانها تقبل ولو قال
لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل ولو قال هذه الدار
ليست لي او ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت
باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حق كان لغوا ولهذا تصح دعوى
الملاعن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا (وللامام
الذي ولاه الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهي
الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته في حق الكافة
فيما فيه النظر لهم وكان له ذلك من غير ان الحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى
ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين

كان له ان يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فيما يملكه (ومن صادره السلطان) بان اراد ان يأخذ منه مالا (ولم يعين السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله نفذ) بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ماطلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمديون اذا حبس بالدين فباع ماله لقضاء الدين الذى عليه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لا فى البيع كما فى التبيين (ولو خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها منه لاتصح الهبة ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله (وان اكرها) اى المرأة (على الخلع ففعلت يقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يجب المال) اذ الرضاء شرط فيه وقد انعدم على ما بيناه فى الاكراه (ولو احالت) اى المرأة (انسانا بالمهر على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبته من الزوج لاتصح الهبة) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فصار كما لو باع المرهون اووهبه (ومن اتخذ بئرا او بالوعة فى داره فنز منها) اى من البئر او البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) اى تحويل ذلك الى موضع آخر (لا يجبر عليه) اى على التحويل لانه تصرف فى خالص ملكه (وان سقط الحائط منه) اى من ذلك اى من سبب النز لا يضمنه اى لا يضمن صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب الضمان الا بالتعدى (ومن عمر دار زوجته بماله) اى بمال الزوج (باذنها) اى باذن الزوجة (فالعمارة تكون لها) اى للزوجة لان الملك لها وقد صح امرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين له) اى للزوج (عليها) اى على الزوجة لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (وان عمرها) اى الدار (لها) اى للزوجة (بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة لها) اى للزوجة (وهو) اى الزوج فى العمارة (متطوع) فى الانفاق فلا يكون له الرجوع عليها به (وان عمر لنفسه بلا اذنها) اى الزوجة (فالعمارة له) اى للزوج لان الآلة التى بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك كما فى التبيين لكن بقى صورة وهى ان يعمر لنفسه باذنها ففى الفرائد ينبغى ان تكون العمارة فى هذه الصورة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبته انتهى (ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع) اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق او كدلالة السارق على مال غيره فان الدال

لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكذا لو امسك هاربا
من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا ( ومن
في يده مال انسان فقال له السلطان ادفعه ) اي هذا المال ( الي والا قطعت يدك
او ضربتك خمسين سوطا لا يضمن الدافع ( او دفع المال ) الى السلطان لانه مكره
عليه فكان الضمان على المكره او على الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ
مختارا والا فعلى المكره فقط كما في التبيين لكن ان كان المكره والآخذ هو السلطان
فقط بشهادة قوله الي فلا معنى لقوله او على الآخذ تدبر ( ولو وضع في الصحراء
منجلا ليصيد به ) اي بالمنجل ( حمار وحش وسمى عليه ) عند الوضع ( فجاء )
في اليوم الثاني ( ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله ) لان الشرط ان يجرحه
انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني اتفاقي حتى لو وجده ميتا
من ساعته لا يحل لعدم شرطه ( وبكره من الشاة الحيا ) مقصورا وهو الفرج
والخصية والمثانة والذكر والغدة والمرارة والدم المسفوح ) لما روى الاوزاعي
عن واصل بن جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله عليه السلام من الشاة الذكر
والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال الامام الدم حرام واكره
الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع
بحرمته وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة
لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث كما في التبيين لكن ان هذه الاشياء ان كانت
من الخبائث ينبغي القول بحرمتها لان قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
ينتظمها فكيف تجعل مكروهة وان لم يكن كذلك فلا بد من الدليل على الكراهة
بمعنى آخر وفي شرح الوهبانية تفصيل وحاصله ان الامام اطلق اسم الحرام
على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لانه ثبتت حرمته بدليل مقطوع به
وهو النص المفسر وهو قوله تعالى الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا وبقية الستة
لم تثبت به بل بالاجتهاد و بظاهر الكتاب المحتمل للتأويل والحديث ( وللقاضي
ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة ) لقدرته على الاستخلاص ولا يفوت
الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لعجزهم فيكون تضييعا الا ان الملتقط
اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه
لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى كما في التبيين وفي الاقضية
انما يملك القاضي الاقراض اذا لم يجد غلة لليتيم اما اذا وجدت فلا يملكه هكذا
روى عن محمد وينبغي ان يشترط لجواز اقراض القاضي عدم وصي اليتيم ولو كان
منصوب القاضي فانه لا يجوز عند وجود الوصي وهو الصحيح كما في الفصولين
( ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة ) بحيث ( من رآه ظنه مختونا و ) الحال انه

( لا قطع جلدة ذكره الاحشفة جاز ترك ختانه على حاله ) لان قطع جلدة ذكره لتكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان توارى الحشفة بقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فادونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما ( وكذا ) جاز ترك ختان ( شيخ اسلم وقال اهل البصيرة لا يطيق الختان ) للعذر الظاهر والختان سنة وهو من شعائر الاسلام وخصائصه فلو اجتمع اهل بلدة على تركه حاربهم الامام ( ووقت الختان غير معلوم ) عند الامام فانه قال لا علم لي بوقته ولم يروعنهما فيه شئ ( وقيل سبع سنين ) وقيل لا يختن حتى يبلغ وقيل اقصاه اثنى عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتبارا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وختان المرأة ليس بسنة ( ولا يجوز ان يصلى غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع ) كما يقال اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم ونحو ذلك وذلك لان في الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهى زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الاخيار وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد ( ولا ) يجوز ( الاعطاء باسم النيروز والمهرجان ) اى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفران قصد تعظيم المذكور من النيروز والمهرجان كما بيناه في موضعه ( ولا بأس بلبس القلانس ) لما روى ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ( وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل ) لما انه افضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلوة وهى احد اركان الاسلام وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم والمراد باولى الامر العلماء في اصح الاقوال والمطاع شرعا يقدم والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام على ما جاءت به السنة ( ولحافظ القرآن ان يختم في اربعين يوما ) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة وذلك يحصل بالتأني لا بالتوانى في المقالى فقدروا الختم اقله باربعين يوما يقرأ في كل يوم حزبا ونصف حزب واقل ولله در المص ان يختم كتابه في بيان قراءة القرآن وكيفية الختم

## ( كتاب الفرائض )

وجه التأخير بين فلا يحتاج الى البيان هي جمع فريضة من الفرض وهو التقدير
يقال فرض القاضي النفقة اى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى
قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل
واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام
كالصلوة والزكوة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة وانما السنة بينتها وهذا
العلم من اشرف العلوم قال صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل
آية محكمة او سنة قائمة او فريضة عادلة وقد حث صلى الله عليه وسلم على تعليمه
وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم وهو ينسى وهو اول شئ
ينزع من امتى ( يبدأ من تركة الميت ) الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن
والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال
حيوته وان لم يكن يبدأ بتجهيزه ودفنه اعتبارا بحالة الحيوة فان المرأ يقدم نفسه
في حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون
مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته فانه يقدم تجهيزه ودفنه
( بلا اسراف ولا تقتير ) وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر ما يلبسه
في حيوته من اوسط ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات
على ما اختلفوا فيه وقال ابو يوسف كفن المرأة على زوجها خلافا لمحمد قال
الصدر الشهيد وقاضيخان الفتوى على قول ابي يوسف ( ثم تقضى ديونه )
من جميع ماله الباقي بعد التجهيز والدفن اى ثم يبدأ بوفاء دينه الذي له مطالب
من جهة العباد لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط
بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم
( ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقى بعد الدين ) اى ثم يبدأ بوصيته اى تنفيذها من
ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين وفيما اكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على
ما مر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل تشريك لهم حتى اذا سلم له شئ
سلم للورثة ضعفه او اكثر ( ثم يقسم الباقي بين ورثته ) اى الذين ثبت ارثهم بالكتاب
والسنة واجماع الامة ( ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء ) كما سيأتي مفصلا
( ويبدأ باصحاب الفروض ) اى كل صاحب سهم مقدر في الكتاب او السنة
او الاجماع كما ذكره السرخسي وتقديمهم على العصبة لقوله عليه السلام الحقوا
الفرائض باهلها فما ابقته فلاولى رجل ذكر ( ثم ) يبدأ ( بالعصبات النسبية )
فان العصوبة النسبية اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض

النسبية يرد عليهم دون اصحاب الفروض السببية اعنى الزوجين ( ثم ) يبدأ
( بالمعتق ) بكسر التاء مذكرا كان اومؤنثا فان من اعتق عبدا اوامة كان الولاء له
ويرثه ويسمى ذلك ولاء العتاقة والنعمة ( ثم عصبته ) اى يبدأ عند عدم مولى
العتاقة بعصبته من الذكور وهذا قيد لابد منه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم
ليس للنساء من الولاء الاما اعتقن الحديث ( ثم الرد ) اى يبدأ بعد العصبات
السببية بالرد على ذوى الفروض النسبية لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم
دون ذوى الفروض السببية ( ثم ذوى الارحام ) اى يبدأ عند عدم الرد لانتفاء
ذوى الفروض النسبية بذوى الارحام وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة
ولاذوى سهم ( ثم مولى الموالاة ) اى عند عدم هؤلاء المذكورين يبدأ فى جميع
الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين وان وجد يبدأ به ايضا لكن فى الباقى
من فرضه وتفصيل مولى الموالاة قدمر فى موضعه ( ثم المقر له بالنسب ) على الغير
( لم يثبت ) نسبه باقراره من ذلك الغير اذامات المقر على اقراره يعنى ان هذا
المقر له مؤخر فى الارث عن مولى الموالات ومقدم على الموصى له بجميع المال
وفصله السيد فى شرح الفرائض فليطالع ( ثم الموصى له باكثر من الثلث ) اى اذا
عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن اوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد
على الثلث لاجل الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فله عندنا ما عين له كاملا
وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة بخلاف الموصى له ( ثم بيت المال )
اى اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة فى بيت المال على انها مال
ضايع فصار فيئا لجميع المسلمين فيوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث وعند
الشافعية ان بيت المال ان كان منتظما يقدم على ذوى الارحام والرد ولاميراث
عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير ولا للموصى له بجميع المال
( ويمنع الارث الرق ) وافرا كان اوناقصا لان جميع ما فى يده من المال فهو لمولاه
فلوورثناه عن اقربائه اوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبى بلاسبب وانه باطل
اجماعا ( والقتل ) كامر تفصيله فى الجنايات ( واختلاف الملتين ) فلا يرث
الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول على وزيد وعامة الصحابة
رضى الله تعالى عنهم واليه ذهب علماؤنا والشافعى كامر تفصيله ( واختلاف
الدارين حقيقة ) كالحربى والذمى ( اوحكما ) كالمستأمن والذمى اوالحربيين
من دارين مختلفين كامر ذكره فلاحاجة الى التكرار ( والمجمع على توريثهم
من الرجال عشرة الاب وابوه ) اى اب الاب ( والابن وابنه والاخ وابنه والعم
وابنه والزوج ومولى النعمة ) اى مولى العتاقة ( ومن النساء سبع الام والجدة )
اى ام الام ( والبنت وبنت الابن والاخت والزوجة ومولاة النعمة ) اى مولاة

وعصبة ) اى المورث فذو الفرض من له سهم مقدر والسهام المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة النصف ) وقد ذكر فى كتاب الله تعالى فى ثلثة مواضع فقال وان كانت واحدة اى البنت فلها النصف وقال ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ما ترك ( والربع ) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلكم الربع مما تركن وقال ولهن الربع مما تركتم ( والثمن ) وقد ذكر فى موضع حيث قال ولهن الثمن مما تركتم ( والثلثان ) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فى حق البنات فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وفى حق الاخوات فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان ( والثلث ) وقد ذكر فى موضعين حيث قال فلامه الثلث وقال وان كانوا اى اولاد الام اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث ( والسدس ) وقد ذكر فى ثلثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس وقال وان كان له اخوة فلامه السدس وقال فى حق ولد الام وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس ثم شرع فى التفصيل فقال ( فالنصف للبنت وبنت الابن عند عدمها ) اى عدم البنت لان بنت الابن قامت مقامها اذا عدمت البنت ( و ) النصف ( للاخت الابوين وللاخت للاب عند عدمها ) اى عدم الاخت لابوين ( اذا انفردن ) عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سيأتى ( و ) النصف ( للزوج عند عدم الولد وولد الابن ) وقيد بولد الابن ليخرج ولد البنت فان الحكم لا يكون كذلك بل يكون لها معه الربع ( والربع له ) اى للزوج ( عند وجود احدهما وان سفل ) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركته امرأته ( وللزوجة ) الربع ( وان ) وصلية ( تعددت عند عدمهما ) اى الولد اوولد الابن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد ( والثمن لها ) اى الزوجة ( كذلك عند وجود احدهما ) اى الولد اوولد الابن وان سفل لقوله تعالى فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين احدهما ان يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى كل واحدة منهن ربما يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والثانى ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقوله ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا اكثرت وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص او بالاجماع فيصير له

حاملتان (والثلثان لكل اثنين فصاعدا عن فرضهن النصف) وهى البنات والاخوات لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك (والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن و) عدم (الاثنين من الاخوة والاخوات ولها) مع هؤلاء (السدس) ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فيحجب الام لهما من الثلث الى السدس من اى جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (ولها) اى للام (ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين فى زوج وابوين اوزوجة وابوين) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقى بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس وابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا يرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم (ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها) اى للام (ثلث الجميع) عند الطرفين فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه (خلافا لابى يوسف) فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقى عنده كما فى الاب فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصب الام كما يعصبها الاب (و) الثلث (للاثنين فصاعدا من ولد الام يقسم) الثلث (لذكورهم واناثهم بالسوية) يعنى الانثى منهم تأخذ مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل الذكر منهم على الانثى لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى المساواة (والسدس للواحد منهم) اى من اولاد الام (ذكرا اوانثى) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اوامرأة وله اخ اواخت فلكل واحد منهما السدس والمراد به اولاد الام ولهذا قرأ بعضهم وله اخ اواخت لام (و) السدس (للام عند وجود الولد اوولد الابن او) وجود (الاثنين من الاخوة والاخوات) كما سبق (و) السدس (للاب مع الولد اوولد الابن) فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعنى السدس والباقى للابن وان كان معه بنت فله السدس ايضا لان اسم الولد يتناول الابن والبنت وللبنت النصف بالفرض وما بقى للاب ايضا لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال الله تعالى يابنى آدم وليس دخول الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع (وكذا) السدس (الجد الصحيح عند عدمه) اى عند الاب

من الجد الصحيح كالاب الا في اربع مسائل مشهورة تم تعرفه فتأمل (وهو)
اي الجد الصحيح (من لا يدخل في نسبته الى الميت ام) كأب الاب (فان دخلت
في نسبته الى الميت ام (فجد فاسد) ولا يرث بالاصالة انه من ذوي الارحام
لان تخلل الام في النسبة يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف
والشهرة وذلك بالشهور وهو الذكور دون الاناث (و) السدس (للجدة
الصحيحة وان) وصلية (تعددت) كام الام مع ام الاب مشتركتين في السدس
اذا كانتا متحاذيات في الدرجة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اطعموا
الجدات السدس وابو بكر رضي الله عنه اشرك بين الجدتين في السدس وكان ذلك
بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم عرفها فقال (وهي)
اي الجدة الصحيحة (من لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد) من يتخلل
في نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين (و) السدس (لبنت الابن وان) وصلية
(تعددت مع الواحدة من بنات الصلب) تكملة للثلثين لان حق البنات الثلثان
وقد اخذت الواحدة النصف لقوة القرابة فبقي السدس من حق البنات فاخذته
بنات الابن واحدة او متعددة وما بقي من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن
من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات هذا اذا لم يكن في درجتهن ابن
ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه ولا يرثن السدس كما سيأتي
(وللاخت لاب كذلك) اي لها السدس وان تعددت (مع الاخت الواحدة
لابوين) لان حق الاخوات الثلثان وقد اخذت الاخت الواحدة لابوين
النصف فبقي منه سدس فيعطى للاخوات لاب تكملة للثلثين ولا يرث مع الاختين
لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن كما سيأتي

## ( فصل في العصبات )

العصبة النسبية ثلثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (والعصبة
بنفسه ذكر) فان الانثى لا تكون عصبة بنفسها بل بغيرها او مع غيرها (ليس
في نسبته الى الميت انثى) فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه مع ان الام داخلة
في نسبته الى الميت قلت قرابة الاب اصل في استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت
كفت في اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانه لا تصلح بانفرادها لاثباتها
وهي مثله في اثبات العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الاخ
لاب وام على الاخ لاب (وهو يأخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد)
اي انفراده عن غيره في الوراثة (يحرز جميع المال) بجهة واحدة وفي التبيين
هذا رسم وليس بحد لانه لم يوجد الاصلي تعدد انواع الورثة كلهم ولكن

لايعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ماذكر ولايتصور ذلك الابعد معرفته ( واقربهم ) اى اقرب العصبات ( جزء الميت وهو الابن وابنه وان ) وصلية ( سفل ) لدخولهم فى اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولد ولده على والده ويختار صرف ماله ولاجله يدخر ماله عادة على ماقال عليه السلام الولد مجبنة مبخلة وقضية ذلك ان لايجوز بكله محل اختياره الااناصرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى ان يقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الاان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل ( ثم اصله وهو الاب والجد الصحيح ) اى اب الاب ( وان ) وصلية ( علا ) واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لاولد له ولاوالد على مابيناه فعلم بذلك انهم لايرثون مع الاب ضروره وعليه اجماع الامة فاذاكان ذلك مع الاخوة وهم اقرب الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو ابعد منهم كالاعمام وغيرهم والجد يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول ابى بكر الصديق رضى الله عنه وبه اخذ الامام ( ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او ) الاخوة ( لاب ثم بنوهم وان ) وصلية ( سفلوا ) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين ( ثم جزء جده وهم الاعمام لابوين اولاب ثم بنوهم وان ) وصلية ( سفلوا ثم جزء جدابيه كذلك ) اى اولاهم بالميراث بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم ويقدم العم لاب وام على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام ( والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان ) وهم اربع من النساء ( يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين ) فالبنات بالابن وبنات الابن بابن الابن لقوله تعالى يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب وام باخيهن والاخوات لاب باخيهن لقوله

ام لي وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين (ومن لا فرض
لها) من الاناث (واخوها عصبة لا تصير عصبة به) اي باخيها (كالعمة)
لا تصير عصبة بالعم الذي هو اخوها فالمال كله للعم دون العمة وبنت العم
لا تصير عصبة بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الاخ)
لا تصير عصبة باخيها فالمال كله لابن الاخ لان النص الوارد في صيرورة الاناث
بالذكور عصبة انما هو في تعصيب البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث
في كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض لها من الاناث لا يتناولها النص (والعصبة
مع غيره الاخوات لابوين او لاب مع البنات وبنات الابن) والاولى ان يقول
او بدل الواو تدبر لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات
عصبة والباقين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير
وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان انفسهن
ليست بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن عصبة
باخوتهن لان الاخوة بانفسهم عصبة فيصيرن بهن عصبة تبعا (وذو
الابوين من العصبات مقدم على ذي الاب) الواحد لان ذا القرابتين
من العصبات اولى من ذي قرابة واحدة مع تساويهما في الدرجة ذكرا كان
ذو القرابتين او انثى لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون
دون بني العلات والمقصود من ذكر الام ههنا اظهار ما يرجح به بنو الاعيان
على بني العلات (حتى ان الاخت لابوين مع البنت) سواء كانت صلبية
او بنت ابن وسواء كانت واحدة او اكثر (تحجب الاخ لاب) خلافا لابن عباس
رضي الله تعالى عنهما فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده (وعصبة
ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امه) لانه لا اب له والنبي صلى الله عليه وسلم الحق
ولد الملاعنة بامه فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فيرثه قرابة امه
ويرثهم فلو ترك امه وبنتا والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد
عليهما كان لم يكن له اب وكذا لو كان معهما زوج او زوجة اخذ فرضه
والباقي بينهما فرضا وردا ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث
ولاخيه لامه السدس والباقي رد عليهما ولا شيء لابن الملاعن لانه لا اخ له
من جهة الاب ولو مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم ابيه وهم الاخوة ولا يرثه
قوم جده وهم الاعمام واولادهم وبهذا تعرف بقية مسائله وهكذا ولد الزنا
الا انهما يفترقان في مسئلة واحدة وهو ان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام
وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث اخ لاب وام كما في الاختيار (والاب مع البنت
صاحب فرض وعصبة) كما مر ذكره (واخر العصبات مولى العتاقة) لقوله

صلى الله تعالى عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ولانه احياء معنى بالاعتاق فاشبه الولادة (ثم عصبته) اى عصبة مولى العاقة (على الترتيب المذكور) بان يكون جزء المولى اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء ابيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت (فمن ترك اب) الاولى بالالف لانه فى موضع النصب (مولاه وابن مولاه فله كله لابن مولاه) لما ان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على الاب وهذا عند الطرفين (وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن) هذا قوله الاخر وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود به قال شريح والنخعى وقولهما هو اختيار سعيد ابن المسيب ومذهب الشافعى والقول الاول لابى يوسف (ولو كان مكان الاب جد فكله للابن اتفاقا) وذلك لان الاب كالابن فى العصوبة بحسب الظاهر لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن اقرب يحتاج الى تامل من ان زيادة قربه امر حكمى فوقع الخلاف هناك بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحمه الجد فى الولاء اما ابن الابن مع الجد فالاظهر ان يرث ابن الابن عند ابى يوسف ايضا لانه اشبه بالابن من الجد بالاب كما فى الفتاوى (ولو ترك جد مولاه واخ مولاه فالجد اولى) ويكون الولاء كله للجد عند الامام لانه اقرب للميت فى العصوبة من الاخ على مذهبه (وعندهما يستويان) فيكون الولاء بينهما نصفين (والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوى الفروض) كامر (فلو تركت زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما فالنصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس للام ولا يشاركهم الاخوة لابوين) لان المسئلة من ستة نصفه وهو الثلث للزوج وثلثه وهو اثنان الاخوة لام وسدسه وهو واحد للام ومافضل عن فرض ذوى الفروض شئ حتى يعطى للاخوة لابوين وهم عصبة وبه قال ابو بكر الصديق رضى الله عنه واخذ علماؤنا وقال عثمان رضى الله عنه تشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعى وكان عمر رضى الله عنه يقول اولا مثل ماقال الصديق رضى الله عنه ثم رجع عنه الى قول عثمان رضى الله عنه وسبب رجوعه انه سئل عن هذه المسئلة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين واثن سلم ان ابانا كان حمارا السنا من ام واحدة فاطرق رأسه مليا وقال صدق لانه بنو ام واحدة فشركهم فى الثلث فلهذا سميت المسئلة حمارية ومشركة وعثمانية وعن هذا قال (وتسمى المشركة والحمارية)

( فصل في الحجب )

وهو في اللغة المنع وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن ميراثه
اما كله وهو حجب الحرمان او بعضه وهو حجب النقصان بوجود شخص
آخر فلنشرع في تفصيل كل منهما فنقول ( حجب الحرمان منتف في حق
ستة ) من الورثة ( الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة ) فان قلت
قد يحجب هذا الفريق بالقتل والرق واختلاف الدين قلت المراد ان حجب الحرمان منتف
في هذا الفريق لان الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة
( وفريق منهم يحجب الابعد بالاقرب و ) يحجب ( ذو القرابة ) الواحدة
( بذي القرابتين ومن يدلي بشخص لا يرث معه ) اي مع وجود ذلك الشخص
كابن الابن لا يرث مع الابن ( الا اولاد الام فانهم يدلون ) اي ينتسبون
الى الميت ( بها ) اي بالام ( و ) لكن ( يرثون معها ) اي مع الام قال
الفاضل الشريف وتحقيق هذا الاصل ان الشخص المدلى به ان استحق جميع
التركة لم يرث المدلي مع وجوده سواء اتحدا في سبب الارث كما في الاب والجد
والابن وابنه او لم يتحدا كما في الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به اذا احرز جميع
المال لم يبق للمدلي شيء اصلا وان لم يستحق المدلى به الجميع فان اتحدا في السبب
كان الامر كذلك كما في الام وام الام لان المدلى به لما اخذ نصيبه بذلك السبب
لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك السبب شيء وليس له نصيب آخر
فصار محروما وان لم يتحدا في السبب كما في الام واولادها فان المدلى به حينئذ
اخذ نصيبه المستند الى سببه والمدلي يأخذ نصيبا آخر مستندا الى سبب آخر
فلا حرمان فان قلت الام تستحق جميع التركة اذا انفردت عن غيرها
من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة
فانها تستحق بعض التركة بالفرض وبعضه بالرد والمراد استحقاق جميعه
من جهة واحدة كما في العصبة ( ويحجب الاخوة ) مطلقا حجب الحرمان
( بالابن وابنه وان ) وصلية ( سفل وبالاب ) لانهم كلالة وتوريث الكلالة
مشروط بعدم الولد والوالد كما مر ( وبالجد ) عند ابي حنيفة ( ويحجب اولاد العلات )
وهي الاخوة والاخوات لاب ( بالاخ لابوين ايضا ) لان ميراث الاخوة والاخوات
لاب وام جار مجرى ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات
لاب كميراث اولاد الابن ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد
الابن بالابن كذلك تحجب الاخوة والاخوات لاب بالاخ لاب وام ( و [illegible] لا يحجب
الاخوة لابوين او لاب بالجد بل يقاسمونه ) اي الجد ( [illegible]

المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض ) قال الفاضل الشريف ان الجد يشبه الاب في حجب اولاد الام وفي انه اذا زوج الصغير او الصغيرة لم يكن لهما خيار اذا بلغا وفي انه لا ولاية للاخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالاب وفي انه لا يقتل الجد بولد الولد وفي ان حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر وفي عدم قبول الشهادة وفي صحة استيلاد الجد مع عدم الاب وفي انه لا يجوز دفع الزكاة اليه وفي انه يتصرف في المال والنفس كالاب ويشبه الاخ في انه اذا كان للصغير جد وام كانت النفقة عليهما اثلاثا على اعتبار الميراث كما على الاخ والام وفي انه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالاخ وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفي ان الصغير لا يصير مسلما باسلام الجد وفي انه اذا اقر بنا ولده وابنه حي لا يثبت النسب بمجرد اقراره وفي انه لا يجر ولاء نافلته الى مواليه كل ذلك كما في الاخ فلتعارض هذه الاحكام اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم رضي الله عنهم في مسئلة الجد مع الاخوة فجعل كالاب في حجب الاخوة لام وكالاخ في قسمة الميراث مادامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له اعطي له ثلث المال لانه مع الاولاد يرث السدس ومع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم المال بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثان وهما في الدرجة الاولى ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعني الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث واذ كان معه اخوان فهما اي المقاسمة والثلث متساويان واذا كان معه ثلاثة اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة حينئذ ربع هذا اذا لم يكن معه صاحب فرض (او) ان لم تنقصه المقاسمة ( عن السدس عند وجوده ) اي وجود ذي الفرض يعني اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ ويكون المال بينه وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وكذا اذا كانت معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع اخوات فالمقاسمة والثلث سواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين ويكون عدد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة وتكون المقاسمة والثلث مستويتين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيرا له لانه ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيرا له وباقي احكام المقاسمة مذكور في الفرائض وشروحها فليراجع ( والفتوى على قول الامام ) وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد لكن المختار في زماننا ان نفتي بعد اخذ الجد السدس بالمصالحة في الباقي بين الاخوة والاخوات وبينه ( فاذا استكمل

بنت الصلب اثنتين سقط بنات الابن ) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل
بنتين فيسقطن اذ لا طريق الى توريثهن فرضا وتعصيبا ( الا ان يكون بحذائهن
او اسفل منهن ابن ابن فيعصب من حذائه ومن فوقه ) لكن ( ممن لم تكن ذات
سهم ) فانه لا يعصب ذات السهم كالبنات الصلبية مثلا ( ويسقط من دونه )
واذا كان يعصب ابن الابن من حذائه ومن هو فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين سواء كان احداهن او لم يكن وهذا مذهب علي و زيد بن ثابت
رضي الله عنهما وبه اخذ عامة العلماء وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
يسقطن بنات الابن بنتي الصلب وان كان معهن غلام ولا يعصبهن وان كانت
البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن الاضر لهن من
السدس والمقاسمة وايهما اقل اعطين ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات
الصلب ان اقربهن الى الميت تنزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب
منزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل
من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات
ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها
احد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق
الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات الا ان يكون مع
واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم يكن صاحبة فرض
حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من
الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام
مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا
من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول وان كان مع السفلى من الفريق
الثالث عصب الجميع غير اصحاب الفرائض ( واذا استكمل الاخوات لابوين
الثلثين سقط الاخوات لاب ) لان ارثهن كانت تكملة للثلثين وقد كمل الاختين فيسقطن
( الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن ) كما في بنات الابن ( والجدات كلهن
يسقطن بالام ) سواء كانت ابويات او اميات ( والابويات خاصة ) اي دون
الاميات ( بالاب ايضا ) اي كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وزيد بن ثابت
وعلي وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم
ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لان ارث الجدات
ليس باعتبار الادلاء لان الادلاء بالانثى لا يوجب استحقاق شيء من فرضيتها
بل استحقاقهن الارث باسم الجدة ويتأدى في هذا الاسم ام الام وام الاب ولنا
ان الاب لا يحجب الاولى لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود بان بمجرد الاسم

بدون القرابة لايوجب الاستحقاق والقرابة لاتثبت بدون اعتبار الادلاء فوجب الادلاء الا ترى ان الجدة الفاسدة لاترث مع كونها جدة لعدم الادلاء ( وكذا ) تسقط الابويات ( بالجد الاام الاب ) وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله ( و ) الجدة ( القربى منهن ) اى من الجدات ( من اى جهة كانت ) اى سواء كانت من قبل الام اومن قبل الاب ( تحجب الجدة ( البعدى من اى جهة كانت ) البعدى فيثبت الحجب ههنا فى اقسام اربعة وهذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وفى رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء فيكون حجب القربى فى اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد عمل بهذه الرواية مالك والشافعى فى الاصح من احد قوليه ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض فليطالع ( وارثة كانت القربى ) كام الاب عند عدمه مع ام ام الام وكام الام عند عدمها مع ام ام الاب ( اومحجوبة كام الاب معه ) اى مع وجود الاب ( فانها تحجب ام ام الام ) اعنى ان يخلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا لان البعدى محجوبة بالقربى والقربى محجوبة بالاب ( واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب و ) الجدة ( الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهى ايضا ام ام الام فثلث السدس لذات القرابه ) الواحدة ( وثلثا الاخرى ) اى التى هى ذات قرابتين عند محمد وينصف عند ابى يوسف باعتبار الابدان وهو قول زفر وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد وهذه المرأة جدة لهذا الولد الذى مات من قبل ابيه لانها ام اب ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهى جدة ذات قرابتين ثم نقول هناك امرأة اخرى قدكانت تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد من بنت الاخرى ابن ابن الاولى الذى هو ابو الميت فهذه الاخرى ام ام اب الميت فهى ذات قرابة واحدة وهاتان المرأتان جدتان فى مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة ودليل الطرفين بين فى شروح الفرائض ( والمحروم بالقتل ونحوه ) كالردة والكفر ( لايحجب ) غيره اصلا لاحجب حرمان ولاحجب نقصان وهو قول عامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ( والمحجوب حجب الحرمان يحجب ) غيره ( كما مر فى الجدة وكالاخوة والاخوات يحجبهم الاب ويحجبون الام من الثلث الى السدس ) اما عند ابن مسعود فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى لانه اقرب وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انما جعلناه بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل الميراث من

كل وجه بخلاف المحجوب فانه عدم له من وجه دون وجه آخر فجعل كالميت في حق استحقاق الارث حتى لا يرث شيئا وجعل حيا في حق الحجب فهو وارث في حق غيره لولا حاجبه لحجبه

## ( فصل في العول )

هو في اللغة يستعمل بمعنى الميل لقوله تعالى ذلك ادنى ان لا تعولوا اي لا تميلوا ويجيء بمعنى كثرة العيال او بمعنى الارتفاع ومن هذا المعنى الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وهو ان يزاد على المخرج من اجزائه اذا ضاق عن فرض ومن هذا قال (واذا زادت سهام) اصحاب الفريضة على (الفريضة فقد عالت) ثم اعلم ان مجموع المخارج سبعة لكن في الحقيقة تسعة ستة لكل فرض من الفروض الستة حال الانفراد وثلاثة لها حال الاختلاط الا ان مخرج الثلث والثلثين واحد ومخرج السدس واختلاط النصف ايضا واحد فسقط اثنان وبقي سبعة (واربعة) منها (مخارج لا تعول) اصلا لان الفروض المتعلقة بهذه المخارج اربعة اما ان يبقى المال عنها او يبقى منه شيء زائد عليها (الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية) اما الاثنان فلان الخارج منه اما نصفان كزوج واخت لابوين او لاب او نصف وما بقي كزوج واخ او بنت وعصبة ولا يتصور في مسألة قط اجتماع واما الثلاثة فلان الخارج منها اما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لابوين او لاب واما ثلث وما بقي كام واخ او اختين لام وعصبة واما ثلثان وما بقي كبنتين او اختين وعصبة ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ثلثين وثلثين او ثلث وثلث وثلثين واما الاربعة فلان الخارج منها اما ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت او زوجة واخت وعصبة او ربع وما بقي كزوجة وعصبة او ربع وثلث ما بقي وما بقي كزوجة وابوين ولا يتصور في مسألة قط اجتماع ربعين ونصف واما الثمانية فلان الخارج منها اما ثمن وما بقي كزوجة وابن او ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبنت واخ لاب وام (وثلاثة) منها (قد تعول اما السبعة الى عشرة وترا) اي من حيث الوتر واراد به السبعة والتسعة (وشفعا) اي من حيث الشفع واراد به الثمانية والعشرة مثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين او لاب او زوج وجد واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان وام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة

زوج واختان من اب واختان من ام والام ( واثنا عشر يعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا ) واراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام اوزوجة واختان لابوين واخت لام اوزوج وبنتا ابن وام اوجدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان اوزوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات ( واربعة وعشرون تعول ( الى سبعة وعشرين عولا واحدا ) المسئلة ( المنبرية ) وعند ابن مسعود تعول الى احد وثلاثين ( وهى امرأة وبنتان وابوان ) وجه تسميتها بالمنبرية مذكور فى شروح الفرائض ( والرد ضد العول ) اذ بالعول ينتقص سهام ذوي الفروض ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينقص اصل المسئلة وذلك ( بان لا تستغرق السهام الفريضة مع عدم ) المستحق من ( العصبة فيرد الباقى على ذوى السهام ) الفريضة ( سوى الزوجين بقدر سهامهم ) وهو قول عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم اى جمهورهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعى وقال عثمان رضى الله تعالى عنه يرد على الزوجين ايضا وعن ابن عباس رضى الله عنهما الا يرد على ثلاثة الزوجين والجد ( فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤسهم ) كبنتين واختين فانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين اواخوين فجعل المال بينهما نصفين واعطى لكل واحد منهما نصف التركة وكذا الجدتان والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد ان يكون كلاهما لاب اولام اولابوين ( وان كانوا ) اى من يرد عليه ( جنسين اواكثر ) من جنسين ( فمن عدد سهامهم ) اى تجعل المسئلة من عدد سهامهم اى من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين المأخوذ من مخرج المسئلة ( فمن اثنين ) اى تجعل المسئلة من اثنين ( اوكان فى المسئلة سدسان ) كجدة واخت لام لان المسئلة ح من ستة ولهما منها اثنان بالفريضة فاجعل الاثنين اصل المسئلة واقسم التركة عليهما نصفين ( و ) تجعل ( من ثلثة او ) كان فيها ( ثلث وسدس ) كولدى الام مع الام اواخوين لام وجدة اوام واخ لام ( و ) تجعل ( من اربعة او ) كان فيها ( سدس ونصف ) كبنت وبنات ابن اواخت لابوين واخوات لاب اواخت لاب واخ لام اوجدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث ( و ) تجعل ( من خمسة او ) كان فيها ( ثلث ونصف ) كاخت لاب وام اواختين لام وكاخت لاب وام وام ( اوسدسان ونصف ) كبنت وبنت ابن وام ( اوثلثان وسدس ) كبنتين وام فالمسئلة فى هذه الصور الثلاث ايضا من ستة

والسهام اى اجتمعت فيهما خمسة فى الصورة الاولى للاخت من الاب والام ثلثة
اسهم وللاخت من الام سهمان وفى الثانية سهمان (فان كان مع الاول) اى
بالواو اى مع الجنس الواحد ممن يرد عليه (من لا يرد عليه) كالزوج او الزوجة
(اعط فرضه) اى فرض من لا يرد عليه (من اقل مخارجه واقسم الباقى)
من ذلك المخرج (على) عدد (رؤسهم) اى رؤس من يرد عليه من ذلك
الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم اذا انفردوا عمن لا
يرد عليه (فان استقام) الباقى عليهم فبها ونعمت هى اذ لا حاجة الى
ضرب (كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطيه من اقل مخارجه الربع
وهو اربعة فاذا اخذ ربعه بقى ثلثة اسهم فى ثلاثة اسهم فاستقام على رؤس
البنات (والا) اى وان لم يستقم الباقى على عدد رؤس من يرد عليهم (فان
وافق) رؤسهم ذلك الباقى فاحصل تصحيح هذه المسئلة (اضرب وفق
رؤسهم) اى رؤس من رد عليهم (فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج
وست بنات) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج
واحدا منها بقى ثلثة فلا ينقسم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما
موافقة بالثلث فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان فى الاربعة يبلغ ثمانية
فالزوج منها اثنان وللبنات ستة (وان باين) رؤسهم ذلك الباقى (ضرب
كل رؤسهم) اى رؤس من يرد عليهم (فيه) اى فى مخرج فرض من لا يرد
عليه (كزوج وخمس بنات) اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين
لكنها رد مثلها الى الاربعة التى هى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا
الزوج ههنا واحدا منها بقى ثلاثة فلا يستقيم على البنات الخمس بل بينها وبين
عدد الرؤس مباينة فضربنا كل عدد رؤسهن فى مخرج فرض من لا يرد عليه
اى الاربعة فحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه
فى المضروب الذى هو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلث
ضربناها فى الخمس حصل خمسة عشر فلكل واحد منهن ثلاثة (وان كان
مع الثانى) اى مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه (من لا يرد عليه فسم الباقى)
من مخرج فرض من لا يرد عليه (على) مسئلة (من يرد عليه فان استقام)
فيها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فان اقل مخرج فرض
من لا يرد عليه اربعة فاذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة وهى ههنا مستقيمة
على مسئلة من يرد عليه لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق
الجدات السدس فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففى هذه الصورة
استقام الباقى على مسئلة من يرد عليه وتمامه فى شروح الفرائض فالمطالع

( والا ) اى وان لم يستقم ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه ( ضرب جميع مسئلتهم ) اى مسئلة من يرد عليه ( فى مخرج فرض من لا يرد عليه ) فالمبلغ الحاصل من هذا الضرب مخرج فرض الفريقين ( كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات ) فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقى سبعة فلا يستقيم على الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس بل بينهما مباينة فيضرب جميع مسئلة من يرد عليه اعنى الخمسة فى مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية فيبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فروض الفريقين فاذا اردت ان تعرف حصة كل فريق منهما من هذا المبلغ الذى هو مخرج فروضهما فطريقه ما اشار اليه بقوله ( ثم يضرب سهام من لا يرد عليه ) من اقل مخرج فرضه ( فى مسئلة من يرد عليه ) فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور ( و ) يضرب ( سهام من يرد عليه ) من مسئلتهم ( فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه ) فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم فى المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج واحد فاذا ضربنا فى الخمسة التى هى مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة فهى حق الزوجات من اربعين وللبنات اربعة فاذا ضربناها فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية وعشرين فهى لهن من الاربعين وللجدات واحد فاذا ضربناه فى السبعة كان سبعة فهى للجدات فقد استقام بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه وان انكسر سهام المأخوذة من مخرج فروض الفريقين على البعض او الجميع ( وتصحح ) المسئلة ( بالاصول الآتية )

## ( فصل )

فى ذوى الارحام ( ذو الرحم ) هو فى اللغة بمعنى القرابة مطلقا وفى الشريعة ( قريب ليس بعصبة ولا ذى سهم ) مقدر فى كتاب الله تعالى او سنة رسوله او اجماع الامة ( ويرث ) ذو الرحم ( كارث العصبة عند عدم ذى السهم ) وعدم العصبة الا اذا كان ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه واما قيدنا بعدم العصبة لانه لا يكفى بعدم ذى السهم فعلى هذا لو قيده لكان اصوب ( فمن انفرد منهم ) ليس بصلة انفرد بل بيان لمن ( احرز جميع المال ) كان عامة الصحابة اى اكثرهم رضى الله عنهم يرون توريث ذوى الارحام وهو مذهبنا وقال زيد بن ثابت لا ميراث لهم ويوضع المال فى بيت المال

وبه قال مالك والشافعي لنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
اي اولى بميراث بعض بالدليل وقال صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لاوارث له
وروى ان ثابت بن الدحداح مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم
ابن عدي هل تعرفون له فيكم نسبا فقال انه كان فينا غريبا فلا نعرف له الا ابن
اخت هو ابو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه له
ولان اصل القرابة سبب لاستحقاق الارث على ماينا الا ان هذه القرابة ابعد
من سائر القرابات فتأخرت عنها والمال متى كان له مستحق لايجوز صرفه الى بيت
المال وكثير من اصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى توريث
ذوي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه
في غير المصارف كما في التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة)
لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على
غيره في كل صنف منهم كما في العصبات (ثم بكون الاصل وارثا عند اتحاد الجهة)
اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى
من ابن بنت البنت وابن بنت الابن اولى من ابن بنت البنت لان الوارث اقوى
قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في استحقاق الارث والمدلي بجهتين
اولى كبني الاعيان مع بني العلات (وان اختلفت) جهة القرابة (فلقرابة
الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث) لان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان
والثلث لقرابة الام مثاله ابو ام الاب وابو اب الام وهذا لايتصور في الفروع
وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال (ثم يعتبر الترجيح في كل فريق
كما لو انفرد) يعني اذا كان لابي الميت جدتين من جهتين وكذلك لامه فلقوم
الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه
وثلثه لقرابته من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا مثاله ابو ام
ابي الاب وابو ابي ام الاب وابو ام ابي الام وابو ابي ام الام (وعند الاستواء
في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاصل في المواريث
تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل في الاخوة والاخوات لام للنص
على خلاف القياس (وتعتبر ابدان الفروع) المتساوية الدرجات (ان اتفقت
صفة الاصول) في الذكورة والانوثة كابن البنت وبنت البنت لادلائهم
بوارث (وكذا ان اختلفت) صفة الاصول (عند ابي يوسف) وحسن بن
زياد كبنت ابن البنت وابن بنت البنت لخلوهم عن ولد الوارث فان كانت الفروع
ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا في القسمة وان كانوا مختلفين فللذكر مثل حظ
الانثيين ولايعتبر في القسمة صفات اصولهم اصلا وهو رواية شاذة عن الامام

( وعند محمد يؤخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ويقسم ) المال (على اول بطن وقع فيه الاختلاف ) اى اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين ( ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن ( على حدة و ) يجعل ( الاناث على حدة ) بعد القسمة على الذكور والاناث ( فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان ) فيما ( بينهما اختلاف والا ) اى وان لم يكن بينهما اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط اواناثا فقط (دفع حصة كل اصل الى فرعه) وفى السراجية وشرحه وعند محمد تعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما وتعتبر الاصول ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان اى ابدان الفروع وصفاتهم فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى وعند محمد المال بين الاصول اعنى فى البطن الثانى اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه وكذلك عند محمد اذا كان فى اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف فى الاصول ثم تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما اصاب للذكور من اول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول اختلاف فى الذكورة والانوثة بان يكون جميع ماتوسط بينهما ذكورا فقط فقط اواناثا فقط وان كان فيما بينهما من الاصول اختلاف يجمع ما اصاب الذكور ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضا طائفة والاناث طائفة على قياس ماسبق وكذلك ما اصاب الاناث يعطى فروعهن ان لم تختلف الاصول التى بينهما وان اختلفت يجمع ما اصاب لهن ويقسم على الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى ان ينتهى وتمامه فيهما ان شئت فليراجع ( وبقول محمد ) وهو اشهر الروايتين عن الامام والقول الاول لابى يوسف ( يفتى ) وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى ( ويقدم جزء الميت ) اى ويرثهم كترتيب العصبات فيقدم فروعه ( وهم اولاد البنات

وولد بنات الابن وان سفلن ثم) يقدم (اصله) اى اصل الميت (وهم الاجداد الفاسدون) وان علوا كأب ام الميت وابى اب امه (والجدات الفاسدات) وان علون كام اب ام الميت وام ام ابى امه (ثم) يقدم (جزء ابيه وهم اولاد الاخوات) وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لاب وام او لاب او لام (وبنات الاخوة لام وبنات الاخوة) وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام) فانهم اخوة لابيه من امه واعتبر فيهم كونهم لام لان العم من الابوين او من الاب عصبة (وبنات الاعمام) مطلقا (ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جد ابيه او امه وهم عمات الاب او الام وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام) فان جميعها من ذوي الارحام وروى عن الامام ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم فى الوراثة عنده هو الصنف الثانى وهم الساقطون من الاجداد والجدات وان علون ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه ان اقرب الاصناف الاول ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع وهو المأخوذ للفتوى وعندهما الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنوا الاخوة لام مقدم على الجد ابى الام وتمامه بين فى شروح الفرائض فليطالع

## ( فصل )

(الغرقى) جمع الغريق (والهدمى) اى الطائفة التى هدم عليهم جدار او غيره وكذلك الحرقى (اذا لم يعلم ايهم مات اولا) كانهم غرقوا فى السفينة معا او وقعوا فى النار دفعة او سقط عليهم جدار او سقف بيت دفعة او تعالى اوقتلوا فى المعركة ولم يعلم المقدم والمتأخر فى موتهم جعلوا كانهم ماتوا معا (فيقسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض) هؤلاء (الاموات من بعض) هذا هو المختار عندنا لانه قول ابى بكر وعمر رضى الله عنهما وعلى الرواية المشهورة واحدى الروايتين عن ابن مسعود ووجهه ان الارث بنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث بعد الموت فلم يتيقن بوجود الشرط لم يثبت الارث بالشك وفى احدى الروايتين عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ ابن ابى ليلى يرث بعضهم من بعض الا فيما ورث كل واحد منهم من مال صاحبه فانه لا يرث منه صورته رجل وابنه انهدم الحائط عليهما ولم يدر ايهما مات اولا ولكل منهما امرأة وابن وترك كل منهما ستة عشر دينارا على

قول الجمهور تركته بين زوجته وابنه الحي وكذا تركة الابن ان لم يكن زوجة ابيه امه وان كانت فيزادلها الثلث وعلى القول الاخير للزوجة من تركة الاب الثمن والباقي بين ابنه الحي والميت بالسوية فيصيب الميت سبعة دنانير واما تركة الابن فلزوجته منها الثمن ولابيه السدس ولزوجة ابيه ان كانت امه ايضا السدس والباقي للابن في الحالين فاصاب اباه من تركته وهو دينار ان وثلثا دينار يقسم بين ورثة ابيه سوى الابن الميت وما اصابه من تركة ابيه وهو سبعة دنانير تقسم بين ورثته سوى الاب الميت ( وان اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام اعطي السدس له فرضا ثم اقتسما ) اي ابنا العم ( الباقي عصوبة ) كما مر ( ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة ) اي اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح ( وان اجتمع فيه ) اي في المجوسي ( قرابتان او انفرد ) والظاهر او انفردنا ( في شخصين ورثا ) اي الشخصان ( بهما ) اي بالقرابتين ( ورث ) ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان ( بهما ) اي بالقرابتين ( وان كانت احديهما ) اي احدى القرابتين ( تحجب الاخرى يرث بالحاجبة ) يعني لو اجتمعت في المجوسي قرابتان او تفرقتا في شخصين حجبت احديهما الاخرى يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين ( ويوقف للحمل نصيب ابن واحد وهو المختار ) وعليه الفتوى وذلك لان من المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الا ولدا واحدا فيبنى عليه الحكم ما لم يعلم خلافه ( وعند ابي يوسف نصيب ابنين ) وفي السراجية وعند محمد يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه ليث ابن سعد لكن هذه رواية ليست موجودة في شروح الاصل ولا في عامة الروايات وفي رواية اخرى عنه نصيب ابنين وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه هشام وروى الخصاف عن ابي يوسف نصيب ابن واحد كما في المتن فعلى هذا لو قال وعن ابي يوسف لكان اولى وعند الامام نصيب اربعة بنين ( وان خرج اكثره ) اي اكثر الحمل ( حيا ومات ورث ) لان الاكثر له حكم الكل فكأنه خرج كله حيا ( وان ) خرج ( اقله ) وظهر منه شيء من هذه العلامات ثم مات ( فلا ) يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكأنه خرج كله ميتا وان خرج مستقيما وهو ان يخرج رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجله اولا فالمعتبر سرته وان لم تخرج السرة لم يرث

## ( فصل في المناسخة )

( المناسخة ) هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا

بان تنتقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه وتوضيحه قال
(ان مات بعض الورثة قبل القسمة) فان كان ورثة الميت الثاني من عداه
ورثة الميت الاول ولم يقع في القسمة تغيير فانه يقسم المال قسمة واحدة
اذ لا فائدة في تكرارها كما اذا ترك بنين وبنات من امرأة واحدة ثم مات احدى
البنات ولا وارث لها سوى تلك الاخوة والاخوات لاب وام فانه يقسم مجموع
التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت تقسم بين الجميع
كذلك فكان الميت الثاني لم يكن في البين وان وقع تغير في القسمة بين الباقين
كما اذا ترك ابنين من امرأة وثلاث بنات من امرأة اخرى ثم ماتت احدى البنات
وخلفت هؤلاء اعني الاخ لاب والاختين من الابوين او كان ورثة الميت الثاني
غير ورثة الميت الاول كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة
وابوين ثم ماتت البنت فلها ايضا عن ابنين وبنت وجدة هي ام الامرأة التي
ماتت اولا ثم ماتت هذه الجدة عن زوج واخوين (فصحح المسئلة الاولى)
ويعطى سهام كل وارث من هذا التصحيح (ثم) صحح المسئلة (الثانية)
وتنظر بين ما في يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثاني في ثلاثة احوال هي
المماثلة والموافقة والمباينة (فان استقام) بسبب المماثلة (نصيب الميت الثاني)
من فريضة الميت الاول (على مسئلته) فبها ونعمت لان التصحيح الاول ههنا
بمنزلة اصل المسئلة هناك والتصحيح الثاني ههنا بمنزلة رؤس المقسوم عليهم ثمة
وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهامهم من اصل المسئلة ففي صورة الاستقامة
تصح المسئلتان من التصحيح الاول كما اذا مات الزوج في المثال المذكور عن امرأة
وابوين لان اصلها اثنا عشر فاذا اخذ الزوج منها ثلاثة والبنت ستة والام
اثنين بقي منها واحد يجب ردها على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا
المسئلة الى اقل مخارج فرض من لا يرد عليه صارت اربعة فاذا اخذ الزوج منها
واحدا بقي ثلاثة فلا يستقيم على الاربعة التي هي سهام البنت والام بل بينهما
مباينة فيضرب هذه السهام التي هي بمنزلة الرؤس في ذلك الاقل فيحصل ستة
عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة ثم تلك الاربعة التي هي
للزوج منقسمة على ورثته المذكورين فلزوجته واحد منها ولامه ثلث ما بقي
وهو ايضا واحد ولابيه اثنان فاستقام ما في يد الزوج من التصحيح الاول على
التصحيح الثاني وصحت المسئلتان من التصحيح الاول (والا) اي وان لم يستقم
نصيب الميت الثاني من فريضة الميت الاول على مسئلته (فاضرب وفق
التصحيح الثاني في) جميع (التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته) لان
في التصحيح اذا انكسر سهام طائفة واحدة عليهم وكان بين سهامهم ورؤسهم

واحدة يضرب وفق عدد ارؤس فى اصل المسئلة فكذا هنا يضرب وفق التصحيح الثانى الذى هو بمنزلة الرؤس هنالك فى التصحيح الاول القائم هنا مقام اصل المسئلة فيحصل به ما تصح منه المسئلتان كما اذا ماتت البنت ايضا فى ذلك المثال وخلفت كما ذكر ابنين وبنتا وجدة فان ما فى يدها فى التصحيح الاول تسعة وتصحيح مسئلتها ستة و بينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان فى ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين ( والا ) اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته ( فاضرب ) كل التصحيح ( الثانى فى ) كل التصحيح ( الاول ) على قياس ما فى باب التصحيح على تقدير المباينة بين رؤس الطائفة وبين سهامهم فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين كما اذا ماتت فى ذلك المثال الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولا وخلفت زوجا واخوين فان ما فى يدها تسعة كما عرفت آنفا وتصحيح مسئلتها اربعة وبين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين وتمامه فى السيد الشريف ( ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول ) من تصحيح مسئلته ( فى وفق التصحيح الثانى ) على تقدير الموافقة ( او فى كله ) على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب ان التصحيح الثانى ووفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة ثمة ( واضرب سهام ورثة الميت الثانى ) من تصحيح مسئلته ( فى وفق ما فى يده ) على تقدير الموافقة ( او فى كله ) على تقدير المباينة ( فخرج فهو ) ى الحاصل من هذا الضرب ( نصيب كل فريق ) لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما فى يده فصار سهام كل واحد منهم مضروبة فيه ( فان مات ثالث ) من الورثة قبل القسمة ( فاجعل المبلغ ) الذى صح منه المسئلة الاولى ( والثانية مكان الاول والثالث مكان الثانى ) فى العمل كان الميت الاول والثانى صارا ميتا واحدا فيصير الميت الثالث ميتا ثانيا ( وكذا تفعل ان مات رابع اوخامس وهلم جرا ) الى غير النهاية فانه لما صار تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحا واحدا صاروا كلهم ميتا واحدا فيصير الميت الرابع ميتا ثانيا وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحا واحدا كانوا بمنزلة ميت واحد فصار الخامس ميتا ثانيا وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا الباب فى شرح الفرائض للسيد فليراجع

## ( حساب الفرائض )

( الفروض ) الستة المذكورة فى كتاب الله تعالى ( نوعان ) على التضعيف ان بدأت بالاكثر او على التنصيف ان بدأت بالاقل فثلاثة منها نوع وثلاثة اخرى نوع

اخر ( الاول النصف ونصفه ) اى نصف النصف ( وهو الربع ونصف نصفه ) اى نصف نصفه
الربع ( وهو الثمن و ) النوع ( الثاني الثلثان ونصفهما ) اى نصف الثلثين وهو
الثلث ( ونصف نصفهما ) اى نصف نصف الثلثين ( وهو السدس فالنصف
تخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلثان والثلث من ثلاثة
والسدس من ستة ) فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سمية من الاعداد
اذ الربع سمية الاربعة وكذا الباقي الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سمية
النصف فان كان في المسئلة النصف فقط كما في بنت واخت لاب وام فهي
من اثنين وان كان فيها الربع وحده كما في تركت الزوج مع الابن كانت من اربعة
وان كان فيها الثمن فقط كما في ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها
الثلث وحده كما اذا ترك اما واخا لاب وام او كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك
بنتين وعما فهي من ثلثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك ابا وابنا فهي من ستة
( وان اختلط النصف ) من النوع الاول ( بالنوع الثاني كله ) اى بالثلثين والثلث
والسدس كما اذا تركت زوجا واما واختين لاب وام واختين لام ( او ) اختلط
( ببعضه ) اى بعض النوع الثاني كما اذا اختلط النصف بالثلث فقط او بالثلثين
فقط او بالسدس وحده او بالثلث والثلثين معا او بالثلثين والسدس معا او بالثلث
والسدس معا ( فمن ستة ) اى فالمسئلة من ستة لان مخرج النصف اثنان ومخرج
الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان في الستة فهي مخرج النصف مع اختلاط
فروض النوع الثاني على جميع الوجوه المذكورة وايضا بين مخرج النصف
والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما في الآخر حصل ستة فهي مخرجهما ( او )
اختلط ( الربع ) من النوع الاول بكل الثاني كما اذا خلف زوجة واما واختين
لاب وام واخوين لام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلث فقط او بالثلثين فقط او بالسدس
فقط او بالثلثين والسدس معا او بالثلثين والثلث او بالثلث والسدس معا ( فمن اثني
عشر ) فالمسئلة من اثني عشر لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة
وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجا للكل ( او ) اختلط
( الثمن ) من النوع الاول بكل الثاني هذا انما يتصور على رأى ابن مسعود
رضي الله تعالى عنه واما على رأينا فهو غير متصور كما قرر في موضعه او ببعضه
كما اذا اختلط بالثلثين والسدس او بالثلث والسدس على رأيه او بالثلثين والثلث
على رأيه او بالثلثين فقط او بالسدس فقط او بالثلث فقط ( فمن اربعة وعشرين )
اى فالمسئلة من اربعة وعشرين لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو الستة التي
دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها لما عرفت وبين الستة
ومخرج الثمن اعني الثمانية موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما في كل

الاخرى فحصل اربعة وعشرون وايضا بين مخرج الثلث والثلثين ومخرج الثمن مباينة فضربنا الكل فى الكل فصار الحاصل ايضا اربعة وعشرين فمنها مخرج الفروض المختلطة بالثمن ( واذا انكسر سهام فريق عليهم ) اى على الورثة من ذلك الفريق ( وباينت سهامهم ) اى سهام من انكسر عليهم ( عددهم فاضرب عددهم ) اى كل عدد رؤس من انكسر عليهم السهام ( فى اصل المسئلة ) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة ( كامرأة واخوين ) اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة منها واحدا بقى ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا الاثنين فى اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناها فى الاثنين فلم يتغير فالاثنان لها والاخوين من اصل المسئلة ثلاثة ضربناها فى الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة منها ( وان وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم ) اى عدد رؤس من انكسر عليهم السهام ( فى اصل المسئلة ) ان لم تكن عائلة وفى اصلها مع عولها ان كانت عائلة ( كامرأة وستة اخوة ) اصل المسئلة اربعة واذا اخذت المرأة واحدا منها بقى ثلاثة ولا تستقيم على الستة وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان فى اصل المسئلة وهو اربعة فيكون ثمانية كان للزوج واحد فضرب فى اثنين فيكون اثنين وللاخوة ثلثة فضرب فى اثنين فيكون ستة لكل واحد منهم سهم ( فاذا انكسر سهام فريقين او اكثر وتماثل اعداد رؤسهم فاضرب احد الاعداد فى اصل المسئلة ) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة على جميع الفرق ( كثلاث بنات وثلاثة اعمام ) اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام ( فينكسر على الفريقين ) لكن بين اعداد رؤس البنات واعداد رؤس الاعمام تماثل فيضرب عدد احدهما وهو ثلاثة فى اصل المسئلة فيكون تسعة الثلثان منها ستة وهى حق البنات الثلاث والباقى وهو ثلاثة للاعمام ( وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها ) اى اكثر الاعداد ( فى اصل المسئلة ) حتى يحصل ما تصح منه المسئلة ( كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما ) اصلها من اثنى عشر للزوجات الربع وهو ثلاثة ولا تستقيم عليها وللجدات السدس وهو سهمان ولا يستقيم عليها ايضا والاعمام الباقى وهو سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فيضرب اكثرها وهو اثنى عشر فى اصل المسئلة وهو اثنى عشر فيكون مائة واربعة واربعين كان للزوجات ثلاثة فيضرب فى اثنى عشر فيكون ستة وثلثين وللجدات سهمان فيضربان فى اثنى عشر فيكون اربعة وعشرين وللاعمام سبعة فيضرب فى اثنى عشر فيكون اربعة وثمانين ( وان وافق بعض الاعداد بعضا فاضرب وفق

احدها في جميع الثاني و ) اضرب ( المبلغ في وفق الثالث ان وافق واله )
اى وان لم يوافق ( ففي جميعه و ) اضرب ( المبلغ في الرابع كذلك ) اى في وفقه
ان وافق والا في جميعه ( ثم ) اضرب ( الحاصل في اصل المسئلة ) حتى ( يحصل
ما تصح ) منه المسئلة ( كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا
وستة اعمام ) اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن وهو ثلاثة ولا تستقيم
عليها ولا توافق وللجدات السدس وهو اربعة ولا تستقيم عليها ولا توافق
وللبنات الثلثان وهو ستة عشر ولا تستقيم عليهن وبين رؤسهن وسهامهن
موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهو تسعة وبقي للاعمام سهم فحصل اربعة
وخمسة عشر وتسعة وستة ثم طلبنا بينهما التوافق فوجدنا الاربعة موافقة
للستة بالنصف فرددنا احديهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ
اثني عشر وهو موافق للتسعة بالثلث فضربنا ثلث احديهما في جميع الاخرى
صار المبلغ ستة وثلثين وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث
ايضا فضربنا ثلث خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلثين فحصل مائة وثمانون
ثم ضربنا هذا المبلغ الثالث في اصل المسئلة اعنى اربعة وعشرين فصار الحاصل
اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وتمامه في شروح الفرائض فليطالع ( او ان
تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ
في الرابع ثم ) اضرب ( الحاصل في اصل المسئلة ) حتى يحصل ما تصح منه
المسئلة ( كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام ) اصلها ايضا
اربعة وعشرون للزوجتين الثمن وهو ثلاثة لا تستقيم عليهما وبين رؤسهن
وسهامهن مباينة فاخذنا عدد رؤسهن وللجدات السدس وهو اربعة لا تستقيم
عليهن وبين اعداد رؤسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد
رؤسهن وللبنات الثلثان وهو ستة عشر لا تستقيم عليهن وبين رؤسهن
وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤسهن وللاعمام الباقي وهو
واحد لا يستقيم عليهم وبينه وبين عدد رؤسهم مباينة فاخذنا عدد رؤسهم
فصار معنا من الاعداد المأخوذة للرؤس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها
اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صارت ستة ثم ضربنا هذا المبلغ
في خمسة فصار ثلثين ثم ضربنا الثلاثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم ضربنا
هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع خمسة آلاف
واربعين فمنها تستقيم المسئلة على جميع الطوائف هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة
( و ) اما ( ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل فيه مع
العول في جميع ذلك ) على ما قررناه في المسائل المذكورة

## ( فصل )

( وتداخل العددين يعرف بان تطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه ) اى يفنى الاقل الاكثر كالثلاثة والستة ( او تقسم الاكثر على الاقل فينقسم قسمة صحيحة ) اى قسمة لا كسر فيها كالستة فانها منقسمة على الثلاثة وعلى الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن اثنين ثلاثة وقس على ذلك سائر المتداخلين والسبب فيه انه اذا عد عدد ماهو اكثر منه كان الاكثر مثلى الاقل او امثاله فيصيب بالقسمة كل واحد من آحاد الاقل آحاد صحيحة بعدد امثال الاقل فى الاكثر ثم مثل المتداخلين بقوله ( كالخمسة مع العشرين لانك اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذا اذا قسمت العشرين على الخمسة يجئ اربعة اقسام صحيحة او نقول التداخل هو ان زيد على الاقل مثله او امثاله يساوى الاكثر او ان يكون الاقل جزء الاكثر جزأ مفردا من الاكثر فلا تداخل بين الستة والتسعة وان كان الستة ثلثى التسعة لانها ليست جزأ مفردا ومن شرط التداخل ان لا يكون الاقل زوجا مع كون الاكثر فردا وان لا يزيد الاقل على نصف الاكثر و يعرف ( توافقهما ) اى العددين فى جزء كالنصف ونظائره ( بان تنقص الاقل من الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا فى مقدار فان توافقا فى واحد فهما متباينان ) كالخمسة مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر ( وان ) توافقا ( فى اكثر ) من واحد ( فهما متوافقان فان كان ) الاكثر ( فى اثنين فهما متوافقان بالنصف ) كثمانية عشر مع الثمانية فانه اذا القيت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقى منها الثنان واذا القى اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقى منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف ( وان ) كان الاكثر ( ثلثة فبالثلث ) كما فى التسعة والاثنى عشر ( او كان ) الاكثر ( اربعة فبالربع ) كالثمانية والاثنى عشر ( هكذا الى العشرة ) اى يكون التوافق فى الاعداد التى هى العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهى النصف الى العشر ويسمى هى مع ما يتركب منها بالاضافة او التكرير بالكسور المنطقة ( وان توافقا فى احد عشر ) كاثنين وعشرين مع ثلثة وثلثين ( فبجزء من احد عشر ) اى هما متوافقان بجزء من احد عشر ( وهلم جرا ) اى ان توافقا فى ثلثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلثين فان العاد لهما ثلثة عشر وفى خمسة عشر يتوافقان بجزء من خمسة عشر كثلثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر يعد هما معا فهما متوافقان بجزء منهما ( وان اردت

معرفة نصيب كل فريق كالبنات والأخوات والزوجات والأعمام وغيرهم
(من التصحيح) الذي استقام على الكل (فاضرب ما كان له) اى لكل فريق
(من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة) اى في المضروب الذي ضربته
في اصلها (فما خرج) من هذا الضرب (فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الفريق
(وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد) من افراد ذلك الفريق من التصحيح
(وان شئت) سهام كل فرد من اصل المسئلة (فانسب سهام كل فريق من اصل
المسئلة الى عدد رؤسهم) مفردا عن اعداد رؤس غيرهم (ثم اعط بمثل تلك
النسبة من المضروب لكل فرد منهم) من افراد ذلك الفريق (وان اردت قسمة
التركة بين الورثة والغرماء) الواو الواقعة فيها بمعنى او لا الواو الفاصلة
اذ لا يتصور القسمة بين الطائفتين معا لان التركة ان وفت بجميع الديون فلا قسمة
بين الغرماء والا فلا قسمة بين الورثة (فانظر بين التركة والتصحيح فان كان بينهما
موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم) المبلغ
(الحاصل) من هذا الضرب (على وفق التصحيح فما خرج فهو نصيب ذلك
الوارث) مثاله زوج وام واختان لاب وام اصلها من ستة وتعول الى ثمانية
فللزوج منها ثلاثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع
التركة خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فيضرب سهام
الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون يبلغ خمسة
وسبعين ثم نقسم الخمسة والسبعين على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج
من التركة ثمانية عشر دينارا وثلاثة ارباع دينار ونضرب سهم الام من التصحيح
وهو واحد في خمسة وعشرين وهي وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم
قسمها على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ونضرب
سهم كل من الاختين وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم نقسمها على
وفق التصحيح وهو اربعة فيكون لكل واحد من الاختين اثنى عشر دينارا
ونصف دينار (وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع
التركة ثم اقسم) المبلغ (الحاصل على جميع التصحيح فما خرج) من هذه القسمة
(فهو نصيبه) اى نصيب ذلك الوارث كما اذا فرض ان جميع التركة خمسة وعشرون
دينارا كان بينها وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة فاذا اردت ان تعرف
نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة
في كل التركة يحصل خمسة وسبعون ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح اعني ثمانية
يخرج تسعة دنانير وثلاثة اثمان دينار فهذه نصيب الزوج واضرب ايضا نصيب
الام من التصحيح وهو واحد في جميع التركة فيكون الحاصل خمسة وعشرين

فاذا قسمتها على الثمانية خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار وهي نصيب الام واضرب نصيب كل اخت من التصحيح وهو اثنان في كل التركة يحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية خرج ستة دنانير وربع دينار فهو نصيب كل اخت من التركة ( وكذا العمل لمعرفة نصيب كل فريق ) من الورثة يعني فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة و تصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الموافقة والمباينة وتمامه في السيد فليطالع ( وفي القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين ) من ديون الغرماء ( كسهام الوارث ثم اعمل العمل المذكور ) فاذا كان للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة غرماء لكل منهم الفان وكانت التركة عشرين كان بين جميع الديون وذلك ثمانية عشر وبين التركة موافقة نصفية فتضرب الثلاثة التي كانت لكل من الغريمين في نصف التركة وذلك عشرة تبلغ ثلثين وتقسم على نصف الديون وذلك تسعة فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما فيكون لكليهما ستة وثلثان وبضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة في العشرة يبلغ عشرين ويقسم على التسعة فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم فيكون للغرماء الستة اثنى عشر سهما واثنى عشر تسعا وذلك سهم وثلث سهم فاذا ضممت ثلاثة عشر وثلثا الى ستة وثلثين يبلغ عشرين وان كانت التركة تسعة عشر فبينهما وبين جميع الديون مباينة فتضرب ثلاثة كل من الغريمين في تسعة عشر تبلغ سبعة وخمسين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو ثلاثة اسهم وتسع ونصف تسع لكل منهم فيكون لكليهما ستة اسهم وثلاثة اتساع وذلك ثلث سهم فيضرب سهما كل من الغرماء الستة في تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلثين فتقسم على ثمانية عشر فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم فللغرماء الستة اثنى عشر وستة اتساع سهم وذلك ثلثاه فاذا ضممت اثنى عشر وثلثين الى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر ( ومن صالح من الورثة او الغرماء على شئ ) معلوم ( منها ) اي من التركة ( فاطرح نصيبه من التصحيح او الديون واقسم الباقي على سهام من بقي ) من الورثة ( او ) على ( ديونهم ) اي ديون من بقي من الغرماء مثاله زوج وام وعم فللزوج نصف وللام ثلث الكل وما بقي فاصلها و تصحيحها ستة فاذا صالح الزوج على شئ كان في ذمته من المهر وخرج من البين تطرح سهامه من التصحيح وذلك ثلاثة ويقسم باقي التركة على سهام الباقين على ما كان اثلاثا ثلثاه للام وثلثه للعم ( قال الفقير ) يريد المولى الفاضل روح الله روحه